

THIAGO BARBIERI FREITAS

**A RESPONSABILIDADE CIVIL DO CIRURGIÃO PLÁSTICO NO  
ERRO MÉDICO**

Monografia de conclusão de curso apresentada  
como requisito para obtenção de menção na  
disciplina Monografia III, do Curso de Direito, do  
Centro Universitário de Brasília – UniCeub.

Orientador: Francisco Thompson Flores

BRASÍLIA  
2010

## **RESUMO**

O seguinte trabalho trata da responsabilização civil do cirurgião plástico estético, definindo se a sua obrigação contratual é de meio ou resultado.

Daremos maior atenção à cirurgia estética, pois é nela que existe a maior discussão em razão da sua natureza. Trataremos ainda de suas excludentes da responsabilidade civil e os diversos tipos de erro médico.

Palavras Chave: responsabilidade civil, erro médico e cirurgia plástica.

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO .....</b>	<b>4</b>
<b>1- RESPONSABILIDADE CIVIL – GENERALIDADES .....</b>	<b>6</b>
1.1.Evolução Histórica da Responsabilidade Civil .....	6
1.2.Conceito da Responsabilidade Civil .....	8
<b>2- RESPONSABILIDADE CIVIL – MODALIDADES.....</b>	<b>11</b>
2.1. Responsabilidade Civil Objetiva e Subjetiva .....	11
2.1.1. Pressupostos da Responsabilidade Civil Objetiva e Subjetiva.....	13
2.1.1.1. Autor .....	14
2.1.1.2. Vítima.....	15
2.1.1.3. Ação .....	15
2.1.1.4. Culpa .....	16
2.1.1.5. Dano .....	16
2.1.1.6. Nexo de Causalidade entre o dano e a conduta que o produziu .....	18
2.1.1.6.1. <i>Teoria da Equivalência dos Antecedentes</i> .....	20
2.1.1.6.2. <i>Teoria da Causalidade Adequada</i> .....	21
2.1.1.6.3. <i>Teoria do dano direto</i> .....	22
2.1.1.6.4. <i>Teoria adotada no Direito Civil Brasileiro</i> .....	22
2.2. Responsabilidade Civil Contratual.....	24
2.3. Responsabilidade Civil Extracontratual .....	26
2.4. Excludentes Da Responsabilidade Civil .....	27
2.4.1. Estado de Necessidade .....	27
2.4.2. Legítima defesa.....	29
2.4.3. Caso Fortuito e a Força Maior .....	30
2.4.4. Fato de Terceiro .....	31
2.4.5. Culpa Exclusiva da Vítima .....	32
2.4.6. Exercício Regular de Direito e Estrito Cumprimento do Dever Legal.....	32
<b>3- RESPONSABILIDADE CIVIL MÉDICA .....</b>	<b>35</b>
3.1. Pressupostos da Responsabilidade Civil Médica .....	36
3.1.1 Negligência .....	36
3.1.2. Imperícia .....	37
3.1.3. Imprudência.....	38
3.2. A Responsabilidade Civil do médico no Código de Defesa do Consumidor .....	38
3.3. Erro Médico .....	42
3.3.1. Modalidades de Erro Médico .....	43
3.4. Tipos de Obrigações Médicas.....	44
3.4.1. Obrigação de Meio .....	45
3.4.2. Obrigação de Resultado.....	46
<b>4- RESPONSABILIDADE CIVIL DO CIRURGIÃO PLÁSTICO.....</b>	<b>48</b>
4.1. Modalidades de Cirurgia Plástica.....	49
4.2. A Cirurgia plástica e as obrigações de meio e resultado.....	52
<b>5- O DEVER DE INFORMAR DO MÉDICO E O CONSENTIMENTO DO PACIENTE .....</b>	<b>57</b>
<b>6- CONCLUSÃO .....</b>	<b>60</b>
<b>7- REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....</b>	<b>63</b>

## INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem como objetivo analisar a responsabilidade civil do médico em razão da cirurgia plástica, podendo ela ser meramente estética ou reparadora, advindo daí o maior questionamento, se as cirurgias plásticas tem natureza obrigacional de meio ou de resultado?

A hipótese a ser verificada versará sobre a responsabilidade civil do cirurgião plástico por uma cirurgia de reparação ou estética vinculada a uma obrigação contratual de meio.

Neste diapasão, primeiramente abordará o trabalho, desde a sua origem no Direito Romano até as formas mais modernas deste. Também será visto o conceito da responsabilidade civil por meio de diversos doutrinadores, cada um acrescentando algo para ser debatida mais a fundo posteriormente.

No segundo capítulo, será estudada a responsabilidade civil em si, começando-se pelas suas diversas modalidades, bem como seus pressupostos ou requisitos da responsabilidade civil objetiva e subjetiva. Logo após, serão estudadas as teorias existentes para o nexo de causalidade entre o dano e a conduta que o médico praticou durante o procedimento cirúrgico. Também serão tratadas neste capítulo as diversas formas das excludentes da responsabilidade civil.

No terceiro capítulo será analisada a responsabilidade civil do médico, com a análise sobre seus pressupostos. Posteriormente será estudada a relação entre o código de defesa do consumidor e a responsabilidade do médico, sendo caracterizado como um profissional liberal. Ainda neste capítulo será abordado o erro médico, suas modalidades bem como as obrigações de meio e resultado.

No seguinte capítulo tratarei do tema central da monografia, a responsabilidade do cirurgião plástico. Serão estudadas as modalidades de cirurgia plástica e a seguir as obrigações de meio e resultado em relação aos cirurgiões. Neste capítulo serão examinadas as diversas doutrinas e correntes bem como as jurisprudências existentes com ênfase no voto do Ministro Carlos Alberto Menezes Direito, considerado este de grande valor para a caracterização da cirurgia estética como obrigação de meio.

No quinto capítulo estudar-se-á o dever da informação do médico e do consentimento informado do paciente, ambos os requisitos essenciais antes de efetuar um procedimento cirúrgico.

# 1- RESPONSABILIDADE CIVIL – GENERALIDADES

## 1.1.Evolução Histórica da Responsabilidade Civil

Pode-se afirmar que o instituto da responsabilidade civil tem suas raízes no Direito Romano.

A origem do instituto está calcada na concepção de vingança privada. De acordo com Pablo Stolze Gagliano é com essa visão do delito que o Direito Romano toma essa manifestação natural para acabar por intervir na sociedade para admiti-la ou reprová-la.<sup>1</sup>

É nessa época que é instituída a Pena de Talião, que na verdade encontra traços na Lei das XII Tábuas.

Ainda no Direito Romano havia a possibilidade de composição entre a vítima e o ofensor, evitando desta forma a aplicação da Lei de Talião. Ao invés de a vítima obrigar que causador do dano sofra o mesmo dano, essa vítima poderia receber um ressarcimento por meio de uma importância em dinheiro ou até em bens. Já sobre a Lei das XII Tábuas, Alvino Lima leciona:

Este período sucede o da composição tarifada, imposto pela Lei das XII Tábuas, que fixava, em casos concretos, o valor da pena a ser paga pelo ofensor. É a reação contra a vingança privada, que é assim abolida e substituída pela composição obrigatória. Embora subsista o sistema do delito privado, nota-se, entretanto, a influência da inteligência social, compreendendo-se que a regulamentação dos conflitos não é somente uma questão entre particulares. A lei das XII tábuas, que determinou o quantum para a composição obrigatória, regulava casos concretos, sem um princípio geral fixador da responsabilidade civil.<sup>2</sup>

Após a Lei das XII Tábuas, deu-se início a *Lex Aquilia*, que foi um marco na evolução histórica da responsabilidade civil. Sua grande diferença em relação à lei anterior

---

<sup>1</sup> GAGLIANO, Pablo Stolze. *Novo Curso de Direito Civil*. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p 11.

<sup>2</sup> LIMA, Alvino. *Culpa e Risco*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p.21

era a possibilidade da imposição de uma multa proporcional ao dano causado, não existindo mais a multa fixa, havendo assim uma avaliação da extensão do dano.

Define, em análise mais completa Maria Helena Diniz a *Lex Aquilia* como sendo:

*A Lex Aquilia de Damno* veio a cristalizar a idéia de reparação pecuniária do dano, impondo que o patrimônio do lesante suportasse o ônus da reparação, em razão do valor da *res*, esboçando-se a noção de culpa como fundamento da responsabilidade, de tal sorte que o agente se isentaria de qualquer responsabilidade se tivesse procedido sem culpa. Passou-se a atribuir o dano à conduta culposa do agente. A *Lex Aquilia de Damno* estabeleceu as bases da responsabilidade extracontratual, criando uma forma pecuniária de indenização do prejuízo, com base no estabelecimento de seu valor.<sup>3</sup>

A lei *Aquília* possuía três capítulos em que havia o caráter de reprimir os seguintes danos:

- 1) A morte dos escravos e animais de rebanho;
- 2) O dano causado a um credor por um *adstipulador*;
- 3) A lesão de escravos ou animais e a destruição ou deterioração de qualquer outra coisa corpórea.

Segundo Pablo Stolze Gagliano a *Lex Aquilia* também regulava o *damnum injuria datum*, que consistia na destruição ou deterioração de coisa alheia por algum fato ativo que tivesse atingido coisa corpórea ou incorpórea, sem qualquer justificativa legal.<sup>4</sup>

Ainda de acordo com Pablo Stolze Gagliano embora a finalidade original da *Lex Aquilia* fosse limitada ao proprietário da coisa lesada, a influência da jurisprudência fez

---

<sup>3</sup> DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro – Responsabilidade Civil*. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p 10.

<sup>4</sup> GAGLIANO, Pablo Stolze. *Novo Curso de Direito Civil*. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p 12.

com que se constituísse uma efetiva doutrina romana acerca da responsabilidade extracontratual.<sup>5</sup>

Ocorreu então um salto histórico com a inserção da culpa como elemento básico da responsabilidade civil aquiliana, saindo a idéia da pena para uma concepção da reparação do dano sofrido.

Mesmo com esta nova concepção a teoria da culpa não possibilitava a satisfação de todos os anseios da sociedade, pois era cada vez maior o número de casos em que ocorria o dano mas não havia a sua reparação devido à impossibilidade de comprovação de seu elemento principal, a culpa.

Por fim, começou a ocorrer na jurisprudência uma ampliação do conceito da culpa, visando a reparação do dano decorrente exclusivamente pelo fato em virtude do risco criado.

## **1.2. Conceito da Responsabilidade Civil**

A responsabilidade civil regula e estabelece o dever de indenizar a pessoa por fato que ocorreu advindo de um dano patrimonial ou moral decorrente de uma ação ou omissão dolosa ou culposa, podendo ser de natureza contratual ou legal. O autor Caio Mário tem o seguinte conceito acerca da responsabilidade civil:

A responsabilização civil consiste na efetivação da reparabilidade abstrata do dano em relação a um sujeito passivo da relação jurídica que se forma.” Ele ainda acrescenta que “reparação e sujeito passivo compõem o binômio da responsabilidade civil, que então se enuncia como o princípio que subordina a reparação à sua incidência na pessoa do causador do dano.”<sup>6</sup>

---

<sup>5</sup> GAGLIANO, Pablo Stolze. *Novo Curso de Direito Civil*. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p 12.

<sup>6</sup> PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Responsabilidade civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 11.



Pode-se dizer então que a responsabilidade civil acaba derivando de uma agressão a um interesse jurídico em razão do descumprimento de uma norma jurídica já existente. Ou seja, a lei acaba buscando o direito violado. Essa agressão ocorre a um interesse eminentemente particular, sujeitando o causador do dano ao pagamento de uma compensação à vítima .

Em sua obra clássica, Rui Stoco conceitua a responsabilidade civil da seguinte forma:

(...) não se pode deixar de entender que a responsabilidade civil é uma instituição, enquanto assecuratória de direitos, e um estuário para onde acorrem os insatisfeitos, os injustiçados e os que danam e se prejudicam por comportamentos dos outros. É o resultado daquilo que não se comportou ou não ocorreu *secundum ius*. É portanto, uma consequência e não uma obrigação original. Toda vez que alguém sofrer um detrimento qualquer, que for ofendido física ou moralmente, que for desrespeitado em seus direitos, que não obtiver tanto quanto foi avençado, certamente lançará mão da responsabilidade civil para ser ressarcido. A responsabilidade civil é, portanto, a retratação de um conflito.<sup>7</sup>

Já a autora Maria Helena Diniz apresenta o seguinte entendimento responsabilidade civil:

(...)poder-se-á definir a responsabilidade civil como a aplicação de medidas que obriguem alguém a reparar dano moral ou patrimonial causado a terceiros em razão de ato do próprio imputado, de pessoa por quem ele responde, ou de fato de coisa ou animal sob sua guarda (responsabilidade subjetiva), ou ainda de simples imposição legal (responsabilidade objetiva).<sup>8</sup>

Ou seja, a responsabilidade civil pode ser entendida como obrigação que pode incumbir um agente de reparar o dano causado a outro, por fato praticado por ele mesmo

---

<sup>7</sup> STOCO, Rui. Tratado de Responsabilidade Civil – Doutrina e Jurisprudência. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 113.

<sup>8</sup> DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro – Responsabilidade Civil*. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p 34.

ou então de terceiro ou coisa que de este agente dependiam. Pablo Stolze Gagliano cita em sua obra uma consequência da responsabilidade civil:

(...)a noção jurídica de responsabilidade pressupõe a atividade danosa de alguém que atuando *a priori* ilicitamente, viola uma norma jurídica preexistente (legal ou contratual), subordinando-se, dessa forma, às consequências do seu ato (obrigação de reparar).<sup>9</sup>

Silvio Rodrigues, citado por Rui Stoco, afirma que a responsabilidade encontra seu fundamento no princípio milenar de que "deve reparar o dano aquele que causá-lo"<sup>10</sup>

Já o doutrinador Serpa Lopes classifica a responsabilidade do seguinte modo:

Responsabilidade significa a obrigação de reparar um prejuízo, seja por decorrer de uma culpa ou de uma outra circunstância legal que a justifique, como a culpa presumida, ou por uma circunstância meramente objetiva.<sup>11</sup>

Com base nas doutrinas anteriormente descritas pode-se configurar a responsabilidade civil como sendo a obrigação de reparar um dano por meio de uma indenização em razão da ação ou omissão que viola o direito ou acaba causando um prejuízo a outro.

---

<sup>9</sup> GAGLIANO, Pablo Stolze. *Novo Curso de Direito Civil*. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p 9.

<sup>10</sup> Rui Stoco. *Responsabilidade Civil e sua Interpretação Jurisprudencial* 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 50.

<sup>11</sup> LOPES, Miguel Maria de Serpa. *Curso de direito civil*. vol..V. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1964, p. 189.

## **2- RESPONSABILIDADE CIVIL - MODALIDADES**

### **2.1. Responsabilidade Civil Objetiva e Subjetiva**

A responsabilidade objetiva existe quando há a obrigação de reparar um dano independentemente da comprovação da culpa, bastando haver apenas o dano e o nexo de causalidade para justificar a responsabilidade civil do agente.

Também chamada de teoria do risco, a responsabilidade objetiva pressupõe uma conduta ilícita. O autor da conduta ilícita só se libera da obrigação de reparar o dano no caso da ocorrência de uma das causas de exclusão do nexo causal, podendo ser caso fortuito ou força maior, fato exclusivo da vítima ou fato de terceiro. Ao tratar deste modelo de responsabilidade, Antonio Ferreira Couto Filho ensina o seguinte:

A responsabilidade objetiva se consubstancia independente de culpa, mas jamais sem o nexo causal. Na verdade, não poderia ser diferente, pois admitir a responsabilidade de um agente, acerca de certo resultado (dano) ocorrido, sem a constatação do vínculo de causalidade, vale dizer, sem inferir-se àquela conduta está ligado o certo dano, seria admitir a própria promoção da injustiça social.<sup>12</sup>

É necessário que haja somente o dano e o nexo de causalidade para configurar a responsabilidade civil do agente.

Sobre a teoria da responsabilidade civil objetiva Pablo Stolze Gagliano cita que:

As teorias objetivistas da responsabilidade civil procuram encará-la como mera questão de reparação de danos, fundada diretamente no risco da atividade exercida pelo agente. É de ressaltar que o movimento objetivista surgiu no final do século XIX, quando o Direito civil passou a receber a influência da Escola Positiva Penal.<sup>13</sup>

---

<sup>12</sup> COUTO FILHO, Antonio Ferreira.; SOUZA, Alex Pereira. *A improcedência no suposto erro médico*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen juris, 2002, p 4.

<sup>13</sup> GAGLIANO, Pablo Stolze. *Novo Curso de Direito Civil*. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p 16.

Como já foi citado por Antonio Ferreira Couto Filho na teoria da responsabilidade civil objetiva existe a obrigação de reparar independentemente de culpa. Ou seja, não é necessária a comprovação de culpa para a ocorrência de dano indenizável.<sup>14</sup>

Já a responsabilidade civil subjetiva é aquela que decorre do dano causado por ato culposos.

Na responsabilidade subjetiva não há distinção entre culpa e dano e o agente acaba respondendo pelo fato. Fato esse que ele causou voluntariamente querendo o resultado, ou então porque foi inadimplente em relação ao dever geral de cuidado. Nesse caso sua conduta será configurada como culposa, podendo ser por imperícia, imprudência ou negligência.

De acordo com Maria Helena Diniz esse tipo de responsabilidade acaba por encontrar sua justificativa na culpa ou dolo por ação ou omissão devendo ser sempre lesiva.<sup>15</sup>

Assim, a prova da culpa do agente será necessária para que surja o dever de reparar.

O autor Pablo Stolze Gagliano sintetiza a responsabilidade civil subjetiva como sendo:

A noção básica da responsabilidade civil, dentro da doutrina subjetiva, é o princípio segundo o qual cada um responde pela própria culpa. Por se caracterizar em fato constitutivo do direito à pretensão reparatória, caberá ao autor, sempre, o ônus da prova de tal culpa do réu.<sup>16</sup>

---

<sup>14</sup> COUTO FILHO, Antonio Ferreira.; SOUZA, Alex Pereira. *A improcedência no suposto erro médico*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen juris, 2002, p 4.

<sup>15</sup> DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro – Responsabilidade Civil*. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p 31.

<sup>16</sup> GAGLIANO, Pablo Stolze. *Novo Curso de Direito Civil*. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p 14

O artigo 186 do código Civil de 2002 disciplina a responsabilidade civil subjetiva pela prática de qualquer ato ilícito.

**Art. 186.** Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.

Na verdade existem casos em que a responsabilidade recai à alguém que não causou diretamente o dano, ou seja, um terceiro que mantém uma relação jurídica com o causador do dano.

### **2.1.1. Pressupostos da Responsabilidade Civil Objetiva e Subjetiva**

A responsabilidade civil de uma forma geral possui diversos elementos para a sua caracterização, ocorre que esses elementos não são aceitos pela totalidade dos juristas por tratar-se de difícil caracterização. Mas, podemos citar alguns deles como a culpa, a imputabilidade, o fato danoso, a culpabilidade e o dano.

Podemos dividir estes pressupostos em duas categorias: Elementos subjetivos e objetivos.

Fazem parte dos elementos subjetivos o agente e a vítima. E já em relação aos elementos objetivos são compostos pela ação, dano e nexo de causalidade.

A ausência de qualquer um desses elementos acaba por impedir a responsabilização civil.

Na verdade, segundo Maria Helena Diniz, pode-se entender que a responsabilidade civil requer três pressupostos principais.

a) A ocorrência de uma ação que pode ser comissiva ou omissiva, e devendo ter como característica a apresentação de um ato ilícito.

b) Existência de um dano que pode ser patrimonial ou material à vítima.

c) Nexô de causalidade entre o dano e a ação. Na verdade, a ação deve dar causa ao dano, sendo seu fato gerador.<sup>17</sup>

#### 2.1.1.1. Autor

O autor é o responsável ou agente pela ocorrência do dano.

Nem sempre a responsabilidade é imputada em desfavor do agente que comete a conduta. Caso em que ocorre fato de terceiro, caracterizando excludente de ilicitude, que será vista mais adiante.

Se o agente tratar-se de absolutamente incapaz, a responsabilidade incidirá sobre o seu representante legal.

Se o agente for relativamente incapaz, ele é quem assumirá os efeitos decorrentes do dever de reparação do dano.

Segundo Roberto Senise Lisboa é possível que o agente acabe sendo responsabilizado de acordo com a periculosidade da atividade que exerce, aplicando assim a teoria do risco profissional, devendo assim responder independentemente de culpa pelos danos causados à vítima.

---

<sup>17</sup> DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro – Responsabilidade Civil*. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p 36.

#### 2.1.1.2. Vítima

A vítima é aquela pessoa que sofreu o dano. Qualquer pessoa pode ser considerada uma vítima, basta que esta pessoa tenha sofrido um prejuízo.

Não há a necessidade que a pessoa tenha capacidade para ser considerada uma vítima. Existindo a pena a necessidade que a vítima tenha sofrido um dano extrapatrimonial ou patrimonial.

#### 2.1.1.3. Ação

A ação é aquele ato, que pode ser lícito ou ilícito, comissivo ou omissivo, executado pelo agente ou terceiro, que por fim cause dano a outrem, gerando assim o dever de satisfazer os direitos do lesado.

Na verdade, a ação acaba se tornando o fato gerador do dano. E o comportamento desse agente que executou o ato pode ser de uma forma comissiva ou omissiva.

Em relação ao comportamento do agente, leciona Maria Helena Diniz:

A comissão vem a ser a prática de um ato que não se deveria efetivar, e a omissão, a não-observância de um dever de agir ou da prática de certo ato que deveria realizar-se. A omissão é, em regra, mais freqüente no âmbito da inexecução das obrigações contratuais.<sup>18</sup>

---

<sup>18</sup> DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro – Responsabilidade Civil*. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p 38.

#### 2.1.1.4. Culpa

Outro pressuposto da responsabilidade civil é a culpa, que na verdade é a inobservância do dever que o agente deveria ter conhecimento. José de Aguiar Dias explica de que forma é conceituada a culpa:

A culpa é a falta de diligência na observância na norma de conduta, isto é, o desprezo, por parte do agente, do esforço necessário para observá-la, com resultado não objetivado, mas previsível, desde que o agente se detivesse na consideração das conseqüências eventuais de sua atitude.<sup>19</sup>

A culpa é o pilar da responsabilidade subjetiva, pois o ato ilícito qualifica-se por ela. E também pode ser decorrente da responsabilidade objetiva.

A culpa em si pode ser dividida ou mensurada em três níveis: levíssima, leve e grave.

Em determinadas situações pode ocorrer que o ordenamento exija a culpa grave, tendo que equipará-la ao dolo, para possibilitar a reparação.

#### 2.1.1.5. Dano

O dano é outro pressuposto da responsabilidade civil. Na verdade, sempre que ocorrer o dano haverá a possibilidade de reparação. Pode advir da responsabilidade contratual ou extracontratual. Pode ser considerado o dano como o prejuízo sofrido por uma pessoa.

Já o dano ressarcível é aquele prejuízo que possui como características a subsistência, a atualidade e a certeza.

---

<sup>19</sup> DIAS, José de Aguiar. *Da Responsabilidade Civil*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1979, p 13.



Como característica o dano deve ser certo, deve ser formado em um fato determinado. É impossível alegar a responsabilidade civil de um agente baseado em um mero dano hipotético. O jurista Miguel Kfoury Neto ensina que o dano revela-se como elemento constitutivo da responsabilidade civil, que não pode existir sem ele – caso contrário nada haveria a reparar.<sup>20</sup>

A forma de dano que será maior debatida no presente estudo é o dano ao corpo.

Sob esse aspecto, ressalta Maria Helena Diniz:

O dano à integridade corporal e à vida humana é direto e extrapatrimonial, mas pode provocar indiretamente uma lesão patrimonial, constitutiva de dano emergente e de lucro cessante. O corpo humano, ao lado do valor moral que representa, pode originar um valor econômico que deve indenizado.<sup>21</sup>

Em relação ao dano médico, matéria de extremo interesse no presente trabalho é necessário inferir que pode ser físico, material ou moral. O dano físico tem maior relevância por resultar em algumas ocasiões em invalidez, esta por sua vez podendo ser parcial ou total, permanente ou temporária.

Em relação ao dano material, pode se dizer que este é resultante do dano físico. Os mais comuns são: medicamentos, contratação de enfermeiros, viagens e despesas médico-hospitalares.

Já em relação ao dano moral Miguel Kfoury Neto afirma que incluem-se os danos estéticos, a dor sofrida, o profundo mal estar sofrido e até a repentina cessação de uma

---

<sup>20</sup> KFOURI NETO, Miguel. *Responsabilidade Civil do Médico*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2003. p 105

<sup>21</sup> DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro – Responsabilidade Civil*. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p 69.

atividade profissional (um jogador de futebol por exemplo, que foi lesado em seu membro inferior por um erro de cirurgia).<sup>22</sup>

A Constituição do Brasil admite expressamente a reparação do dano moral em seu artigo 5º, incisos V e X:

Art. 5º. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

(...)

V – é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem;

(...)

X – são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;

Em relação ao dano estético pode-se dizer que é aquela lesão à beleza física ou à harmonia das formas externas de alguém.

#### 2.1.1.6. Nexo de Causalidade entre o dano e a conduta que o produziu

Outro requisito para a responsabilidade civil é o nexo de causalidade, que, na verdade é a relação entre a ação que ocorreu e o dano provocado podendo ressaltar que este é elemento indispensável para que se chegue à conclusão de quem foi o causador do dano.

Entretanto, não há necessidade que o dano resulte logo após do fato que o produziu.

Somente se pode decidir se o agente agiu ou não com culpa se através da sua conduta acabou chegando a um resultado.

---

<sup>22</sup> KFOURI NETO, Miguel. *Responsabilidade Civil do Médico*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2003. p 106.

Cabe também ressaltar que não há que se confundir entre nexos de causalidade e imputabilidade. A primeira acaba consistindo no reconhecimento de que a conduta imputada a alguém foi a determinante para o resultado, resultando na sua causa.

De acordo com Antonio Ferreira Couto Filho pode-se caracterizar o nexo de causalidade como:

o nexo causal é o vínculo entre um fato ocorrido após a ocorrência de um primeiro que se desaparecesse, faria também desaparecer aquele, ou seja o resultado. É o elo de ligação entre a conduta e o resultado que conduzem à responsabilidade objetiva ou subjetiva. Também é importante aduzir que o vínculo de causalidade é elemento indispensável para a caracterização da responsabilidade civil, seja a baseada na culpa ou no risco.<sup>23</sup>

Já a imputabilidade consiste na atribuição a alguém da responsabilidade por um dano. Acaba considerando a capacidade de entender o caráter ilícito do fato e ainda assim determinar-se de acordo com esse.

Acerca das diferenças entre nexo de causalidade e imputabilidade assevera Maria Helena Diniz:

A imputabilidade diz respeito a elementos subjetivos e o nexo causal a elementos objetivos, consistentes na ação ou omissão do sujeito, atentatória da direito alheio, produzindo dano material ou moral.<sup>24</sup>

Existem motivos que podem excluir o nexo causal. Maria Helena Diniz afirma em sua obra que não ocorrerá o nexo de causalidade quando o evento se der: por culpa somente da vítima, que exclui a obrigação de quem efetuou o dano; por culpa concorrente da vítima e do agente; por culpa comum, quando o causador e a vítima de uma forma ou outra

---

<sup>23</sup> COUTO FILHO, Antonio Ferreira.; SOUZA, Alex Pereira. *A improcedência no suposto erro médico*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen juris, 2002, p 7.

<sup>24</sup> DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro – Responsabilidade Civil*. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p 98.

causaram culposamente o dano; por culpa de um terceiro, ou seja, alguma pessoa alheia à relação vítima-agente ou por força maior ou até então por um caso fortuito.<sup>25</sup>

Já em relação às excludentes do nexo causal, afirma Venosa:

O caso fortuito e a força maior são excludentes do nexo causal, porque o cerceiam, ou o interrompem. Na verdade, no caso fortuito e na força maior inexistente relação de causa e efeito entre a conduta do agente e o resultado danoso.<sup>26</sup>

Para se determinar o nexo causal existem três teorias atualmente: a teoria da equivalência dos antecedentes, a teoria da causalidade adequada e a teoria do dano direto.

#### *2.1.1.6.1. Teoria da Equivalência dos Antecedentes*

De acordo com esta teoria não existe a necessidade de definir qual das concausas foi a mais ou menos eficaz para a realização do resultado, ou seja, todas concorrem de maneira equivalente para o resultado.

Se existem várias concausas que estão concorrendo para o mesmo resultado então todas devem ser valoradas da mesma maneira. A sua equivalência decorre da idéia de que suprimidas uma delas o dano não se verificaria. Na verdade, essa teoria tem o mérito de se colocar um equilíbrio entre as causas.

Esta teoria também é conhecida como *conditio sine qua non* ou equivalência das condições.

Na verdade, a teoria da equivalência dos antecedentes não é aceita no âmbito do Direito Civil.

Seguindo a mesma linha, afirma o autor Pablo Stolze Gagliano que, por entender como causa todo o antecedente que colabore para o desfecho danoso, a cadeia

---

<sup>25</sup> DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro – Responsabilidade Civil*. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p 101.

<sup>26</sup> VENOSA, Sílvio de Salvo. *Responsabilidade Civil*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2002, p 37.

causal, ao seguir este entendimento de intelecção, poderia levar a sua investigação ao infinito.<sup>27</sup>

#### *2.1.1.6.2. Teoria da Causalidade Adequada*

Esta teoria ensina que não existe equivalência entre as condições que concorrem para o evento, portanto, a verdadeira causa do fato aquela que for decisiva para a produção do resultado.

Ocorre que, diferentemente da teoria da equivalência de antecedentes, esta teoria entende que “causa” seria o evento mais apto a gerar o dano. Ou seja, embora tenham existido mais de um agente causando o fato, somente será responsabilizado aquele que praticou a conduta levando ao resultado danoso.

Seguindo este mesmo entendimento, Antunes Varella citado por Cavalieri Filho nos dá um exemplo de um caso em poderia ser aplicada a teoria da causalidade adequada:

(...) Se alguém retém ilicitamente uma pessoa que se aprestaria a tomar certo avião, e teve, afinal, de pegar um outro, que caiu e provocou a morte de todos os passageiros, enquanto o primeiro chegou sem incidente ao aeroporto de destino, não se poderá considerar a retenção ilícita do indivíduo como causa (jurídica) do dano ocorrido, porque, em abstrato, não era adequada a produzir tal efeito, embora se possa asseverar que este (nas condições em que se verificou) não teria se dado se não fora o fato ilícito.<sup>28</sup>

Desta forma nem todas as condições serão causas, mas tão somente aquela apropriada a produzir o dano.

---

<sup>27</sup> GAGLIANO, Pablo Stolze. *Novo Curso de Direito Civil – v. 3. Responsabilidade Civil*. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 100.

<sup>28</sup> CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 3. ed. São Paulo:Malheiros, 2002. P. 127.

#### *2.1.1.6.3. Teoria do dano direto*

De acordo com esta teoria apenas as causas que tenham ligação direta com o prejuízo têm com ele um nexo de causalidade.

Desta forma, deve existir uma relação de causa e efeito direto entre o dano e o ato ilícito, devendo assim o agente responder somente por aquele dano que causou.

Devemos considerar que a causa direta e imediata nem sempre vai ser a mais próxima do dano, mas deve ser sempre aquela que o originou. Esta teoria também é conhecida como teoria da interrupção do nexo causal.

#### *2.1.1.6.4. Teoria adotada no Direito Civil Brasileiro*

Existe uma grande divergência em saber qual a teoria adotada na legislação Brasileira. No âmbito do Direito Penal a teoria da equivalência das condições é a mais utilizada.

De acordo com Miguel Kfoury Neto não existe a adoção obrigatória de uma destas teorias ao tratar da responsabilidade civil. O que deve perdurar é a análise do nexo causal levar em conta os fatores que podem ligar a ilicitude da conduta ao resultado produzido.<sup>29</sup>

Já Cavalieri Filho e Aguiar Dias afirmam que o ordenamento brasileiro adere a teoria da Causalidade Adequada.

Ocorre, porém, que a posição predominante da Jurisprudência Brasileira é de adotar a teoria do dano direto conforme se vê a seguir:

---

<sup>29</sup> KFOURI NETO, Miguel. *Responsabilidade civil do médico*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 111.

RESPONSABILIDADE CIVIL. ALEGAÇÃO DE CULPA DE TERCEIRO. RESPONSABILIDADE DO CAUSADOR DIRETO DO DANO. DIREITO DE REGRESSO. 1. Não se podendo concluir pela culpa exclusiva do terceiro remanesce a responsabilidade do motorista, causador imediato da colisão, de quem se exige o dever de redobrar os cuidados com as condições de tráfego reinantes a sua frente. 2. Atribui-se a responsabilidade por inteiro ao terceiro, na causação do evento danoso, se o causador imediato não atuou com a mínima culpa, o que não restou caracterizado. 3. Ressalva-se ao condutor do veículo o direito de regresso ao autor do feito, causador mediato da colisão.<sup>30</sup>

RESPONSABILIDADE CIVIL. ACIDENTE AUTOMOBILÍSTICO. SITUAÇÃO DE PERIGO CRIADA POR TERCEIRO. OBRIGAÇÃO DO CAUSADOR DIRETO DO DANO DE INDENIZAR, COM AÇÃO REGRESSIVA CONTRA O TERCEIRO. APLICAÇÃO DO ART. 1.520 DO CÓDIGO CIVIL. Na sistemática do direito brasileiro, o ocasionador direto do dano responde pela reparação a que faz jus a vítima, ficando com ação regressiva contra o terceiro que deu origem à manobra determinante do evento lesivo. Recurso especial conhecido e provido parcialmente.<sup>31</sup>

CIVIL. CDC. CONTRATO DE SEGURO DE AUTOMÓVEL. DANO NO MOTOR IMPERCEPTÍVEL NO MOMENTO DO ACIDENTE. INAPLICABILIDADE DE CLÁUSULA DE AGRAVAMENTO DE RISCO. LIAME DIRETO COM O SINISTRO. ATITUDE CONSOANTE QUALQUER HOMEM MÉDIO DO POVO. VEROSSIMILHANÇA DA VERSÃO AUTURAL. HIPOSSUFICIÊNCIA. INVERSÃO DO ÔNUS PROBANTE. RESSARCIMENTO DO VALOR DESPENDIDO, ABATIDA A FRANQUIA. SENTENÇA MANTIDA. 1. Não há que se falar na aplicabilidade da cláusula de agravamento do risco, se o fato ensejador para a escusa da responsabilidade guarda liame direto com o sinistro e, ainda, quando a ação desenvolvida pelo segurado, logo a seguir ao acidente, está em consonância com o que era esperado de qualquer homem mediano do povo, diante das circunstâncias do fato, não tendo, por isso, faltado com nenhum dever de cuidado. 2. Corrobora, ainda, em desfavor da aceitabilidade da tese do agravamento do risco, militando em desfavor da seguradora, a inversão do ônus da prova em prol do segurado, decorrente da verossimilhança que ressaí de sua versão e de sua evidente hipossuficiência perante aquela (inc. VIII do art. 6º do CDC), sem que houvesse prova suficiente a desnaturar essa aceitação. 3. Se já realizado o conserto, deve a seguradora ressarcir o segurado naquilo que efetivamente despendeu, deduzindo-se o valor da franquia. 4. Recurso conhecido e improvido.<sup>32</sup>

<sup>30</sup> TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO DISTRITO FEDERAL E TERRITÓRIOS. 1ª Turma Recursal - Juizado Especial Cível. Ap. Cív. 29897, Rel. Ana Maria Duarte Amarante, DJU 29/09/1999.

<sup>31</sup> SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. 4ª Turma. REsp 127747/CE. Brasília-DF. Relator Ministro Barros Monteiro. DJU 25/10/1999.

<sup>32</sup> TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO DISTRITO FEDERAL E TERRITÓRIOS. 1ª Turma Recursal - Juizado Especial Cível. Ap. Cív. 34139/2003. Relator Benito Augusto Tiezzi. Brasília-DF. DJU 29/08/2003.

## 2.2. Responsabilidade Civil Contratual

A responsabilidade civil contratual é aquela que decorre do descumprimento de uma obrigação contratual, ou seja, advém da inexecução de um negócio jurídico que pode ser bilateral ou unilateral.

Na responsabilidade civil contratual não existe a necessidade da prova da culpa do autor. Para adquirir a reparação por meio de perdas e danos basta provar o descumprimento da obrigação.

A autora Luzia Chaves explica como se dá a responsabilidade civil contratual:

Quando uma pessoa se dirige até o consultório do médico e lá solicita os serviços que este oferece e aceitando o valor dos honorários que se acordam, concorre todo o elemento exigido para a existência do contrato: consentimento, objeto e causa.<sup>33</sup>

Compete ao autor do dano o ônus da prova na responsabilidade civil contratual, devendo provar a inexistência da culpa ou a existência de uma excludente do dever de indenizar.

Ou seja, de acordo com os teóricos objetivistas, o culpado por um dano praticado indenizará simplesmente por haver ocasionado um dano, não havendo a necessidade de averiguar a existência de culpa, bastando somente a causalidade entre o ato e o dano para que haja a obrigatoriedade de reparar.

A regra geral é de que a responsabilidade do médico é contratual, uma vez que o profissional da medicina recebe o paciente, estes pactuam a forma da prestação do serviço, a maneira do pagamento e constituem direitos e deveres de ambas as partes.

---

<sup>33</sup> VIEIRA, Luzia Chaves. *Responsabilidade civil médica e seguro – Doutrina e jurisprudência*. 1. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2001, p 23.



Em relação à jurisprudência cabe destacar que não existem controvérsias acerca da natureza contratual da obrigação médica conforme se vê a seguir

AGRAVO REGIMENTAL. RESPONSABILIDADE MÉDICA. OBRIGAÇÃO DE MEIO. REEXAME FÁTICO-PROBATÓRIO. SÚMULA 07/STJ. INCIDÊNCIA.

1. Segundo doutrina dominante, a relação entre médico e paciente é contratual e encerra, de modo geral (salvo cirurgias plásticas embelezadoras), obrigação de meio e não de resultado. Precedente.

2. Afastada pelo acórdão recorrido a responsabilidade civil do médico diante da ausência de culpa e comprovada a pré-disposição do paciente ao descolamento da retina - fato ocasionador da cegueira - por ser portador de alta-miopia, a pretensão de modificação do julgado esbarra, inevitavelmente, no óbice da súmula 07/STJ.

3. Agravo regimental improvido.<sup>34</sup>

O não cumprimento de um contrato pode além de causar danos materiais, em alguns casos chegar a acarretar um dano moral. Maria Helena Diniz demonstra um exemplo do não cumprimento do contrato estipulado:

O dano moral resultante de inadimplência do contrato só será passível de reparação, se houver ajuste de cláusula penal, que já contém, em si, uma prefixação, pelos contraentes, das perdas e danos, constituindo uma compensação dos danos sofridos pelo credor com o descumprimento da obrigação principal. No *quantum* reparador da cláusula penal estão predeterminados *a priori* todos os prejuízos causados ao credor, inclusive os de natureza extrapatrimonial. O dano moral, na seara da responsabilidade contratual, seria, me regra, um dano moral indireto, pero ser consequência de lesão a um interesse patrimonial, trazendo contrariedade, inquietude ao credor, principalmente quando o contrato se referir a coisas que tem valor estimativo para o contratante(...)<sup>35</sup>

<sup>34</sup> SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. 4ª Turma. AgRg no REsp nº 256174/DF. Relator: Fernando Gonçalves. DJ de 22.11.2004, p. 345.

<sup>35</sup> DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro – Responsabilidade Civil*. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p 122.

### 2.3. Responsabilidade Civil Extracontratual

A responsabilidade civil extracontratual é aquela que decorre de uma lesão ao direito de alguém, sem que exista qualquer relação obrigacional anterior entre o agente causador do prejuízo e a vítima. A fonte da inobservância neste caso é a lei.

Luzia Chaves Vieira ressalta um fato importante acerca da responsabilidade civil extracontratual:

também denominada delitual ou aquiliana, a responsabilidade extracontratual é fundada na violação do dever genérico de não causar dano. (...) a culpa extracontratual é independente de uma obrigação preexistente, vez que fundada numa obrigação de cunho genérico ou seja, nos deveres gerais de abstenção ou omissão, e que todos devem observar (...) <sup>36</sup>

Neste tipo de responsabilidade, ao contrário da responsabilidade contratual cabe a vítima provar a culpa do agente.

É na culpa que se baseia o princípio da responsabilidade civil extracontratual. A vítima deve agir por meio da utilização de provas para confirmar que o autor agiu por meio de imprudência, imperícia ou negligência.

Em relação à responsabilidade civil extracontratual Luzia Chaves Vieira ensina o seguinte:

O princípio geral de que as relações dos médicos com os pacientes estão regidas por um contrato não impede reconhecer o direito real de que pode existir uma responsabilidade civil médica extracontratual, e tendo como consequência as relações do médico com outra pessoa em atuações extracontratuais. É o caso por exemplo da prestação de serviços facultativa que ser prestada a quem tenha sofrido um acidente e naquele momento o acidentado não tem condições de expressar a sua vontade, porém, o médico

---

<sup>36</sup> VIEIRA, Luzia Chaves. *Responsabilidade civil médica e seguro – Doutrina e jurisprudência*. 1. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2001, p 72.

tem o dever profissional de dar assistência devido à socialização da Medicina e o dever de preservação da humanidade.<sup>37</sup>

É verdade que existem casos onde poderia se constatar a responsabilidade extracontratual ou aquiliana. Temos como exemplo o caso de assistência médica em casos urgentes, onde não há prévio acordo de vontade entre os contraentes.

## **2.4. Excludentes Da Responsabilidade Civil**

As excludentes da responsabilidade civil podem ser divididas em excludentes da ilicitude (exercício regular de um direito, a legítima defesa e o estado de necessidade) e nas excludentes do nexo de causalidade (caso fortuito ou de força maior, culpa exclusiva da vítima, caso fortuito ou força maior). Em sua obra, Silvio de Salvo Venosa ensina que são excludentes de responsabilidade aqueles fatos que impedem de ser concretizado o nexo causal, a culpa da vítima, o fato de terceiro, o caso fortuito e a força maior e, no campo contratual, a cláusula de não indenizar.

A seguir serão analisadas todas as excludentes existentes no ramo da responsabilidade civil.

### **2.4.1. Estado de Necessidade**

O estado de necessidade existe quando o sujeito viola direito alheio com o objetivo de repelir perigo eminente a um direito seu.

Este perigo eminente pode advir de um acidente, de caso fortuito ou até de um fato natural.

---

<sup>37</sup> VIEIRA, Luzia Chaves. *Responsabilidade civil médica e seguro – Doutrina e jurisprudência*. 1. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2001, p 24.

O estado de necessidade está codificado no Artigo 188 do Código Civil conforme se vê abaixo:

Art. 188. Não constituem atos ilícitos:

(...)

II - a deterioração ou destruição da coisa alheia, ou a lesão a pessoa, a fim de remover perigo iminente.

Parágrafo único. No caso do inciso II, o ato será legítimo somente quando as circunstâncias o tornarem absolutamente necessário, não excedendo os limites do indispensável para a remoção do perigo.

Pode notar que o parágrafo único do Artigo 188 prevê que esse estado de necessidade somente será respeitado quando as circunstâncias o tornarem absolutamente necessário, não excedendo os limites do indispensável para a remoção do perigo.

Ou seja, se na atuação do estado de necessidade o autor de alguma maneira se exceder será responsabilizado. O agente tem a obrigação de atuar nos estritos limites de sua necessidade.

De acordo com Roberto Senise Lisboa os requisitos para que ocorra o estado de necessidade são:

- a) o perigo atual;
- b) a inevitabilidade do sacrifício do bem de outrem.<sup>38</sup>

Não há como confundir legítima defesa com o estado de necessidade, pois o agente não reage a uma situação injusta mas acaba atuando para subtrair um direito seu ou de outrem de um perigo iminente. Pablo Stolze Gagliano traz um exemplo dessa diferença entre legítima defesa e estado de necessidade:

É o caso do sujeito que desvia o seu carro de uma criança, para não atropelá-la, e atinge o muro da casa, causando danos materiais. Atuou nesse caso em estado de necessidade.<sup>39</sup>

---

<sup>38</sup> LISBOA, Roberto Senise. *Manual de Direito Civil*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p 600.

<sup>39</sup> GAGLIANO, Pablo Stolze. *Novo Curso de Direito Civil*. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p 112.

Pode ocorrer também a existência de um estado de necessidade de terceiro que na verdade é conceituado como a situação que viola direito alheio mas com a finalidade de remover perigo iminente de terceiro.

#### **2.4.2. Legítima defesa**

A legítima defesa é o afastamento de um mal injusto, devendo ser grave, atual ou iminente à pessoa da vítima ou à qualquer bem.

A legítima defesa está codificada no Artigo 188 do Código Civil conforme se vê abaixo:

Art. 188. Não constituem atos ilícitos:

I - os praticados em legítima defesa ou no exercício regular de um direito reconhecido;

Esse afastamento ou repulsa de um mal injusto deve ser proporcional e imediato. Devendo ser por meios moderados e suficientes. Ocorrendo o excesso dessa legítima defesa deve a vítima ser responsabilizada. Neste excesso não importa se a ação foi cometida dolosa ou culposamente.

Complementando a idéia Pablo Stolze Gagliano conceitua a legítima defesa da seguinte maneira:

Diferentemente do estado de necessidade, na legítima defesa o indivíduo encontra-se diante de uma situação atual ou iminente de injusta agressão, dirigida a si ou a terceiro, que não é obrigado a suportar. Note-se que, no caso dessa excludente de ilicitude, a doutrina recomenda a fuga como conduta mais razoável a se adotar, uma vez que considera legítima a defesa de um interesse juridicamente tutelado, desde que o agente tenha atuado com excesso.<sup>40</sup>

---

<sup>40</sup> GAGLIANO, Pablo Stolze. *Novo Curso de Direito Civil*. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p 114.

Existe o caso também da legítima defesa de terceiro que consiste no afastamento a mal injusto, grave, atual ou iminente à pessoa alheia às partes.

### **2.4.3. Caso Fortuito e a Força Maior**

O caso fortuito pode ser configurado como aquele evento imprevisível e inevitável. Diferentemente, a força maior a força maior, que se trata normalmente de eventos da natureza, é um acontecimento previsível, entretanto, da mesma forma inevitável.

O caso fortuito e a força maior estão codificados no Artigo 393 do Código Civil conforme se vê abaixo

Art. 393. O devedor não responde pelos prejuízos resultantes de caso fortuito ou força maior, se expressamente não se houver por eles responsabilizado.

Parágrafo único. O caso fortuito ou de força maior verifica-se no fato necessário, cujos efeitos não era possível evitar ou impedir.”

De acordo com o autor Roberto Senise Lisboa, o caso fortuito pode ser sintetizado da seguinte forma:

Por tratar-se de acontecimento que não se pode prever, embora seja possível em determinadas hipóteses impedir, o caso fortuito trata-se de ato, ainda que natural, que se relaciona com a intervenção humana.<sup>41</sup>

Diferentemente do caso fortuito, a força maior é aquele evento inevitável e, algumas vezes imprevisível que acaba lesando os interesses morais ou patrimoniais da vítima.

Roberto Senise Lisboa fala da seguinte maneira sobre a força maior:

Por tratar de acontecimentos que não se pode evitar, embora seja possível, em determinados casos, a sua previsibilidade, a força maior aplica-se ao ato natural que ocorreria mesmo sem qualquer intervenção humana direta (*act of God*)<sup>42</sup>

---

<sup>41</sup> LISBOA, Roberto Senise. *Manual de Direito Civil*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p 603.

<sup>42</sup> LISBOA, Roberto Senise. *Manual de Direito Civil*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p 603.

#### 2.4.4. Fato de Terceiro

O fato de terceiro como excludente da responsabilidade civil existe quando um terceiro, que não é o agente do dano ou a vítima acaba surgindo como causador exclusivo do dano, e isso acaba afastando qualquer nexo de causalidade entre o suposto autor e a vítima.

Em relação ao terceiro, Caio Mario da Silva Pereira explicita quem seria neste caso:

Esta se decompõe, nos dois pólos ativo e passivo: as pessoas do agente e da vítima. Considera-se, então, terceiro qualquer outra pessoa, estranha a este binômio, que influi na responsabilidade pelo dano. Mas para que seja excludente, é mister que por sua conduta atraia os efeitos do fato prejudicial e, em consequência, não responda o agente, direta ou indiretamente, pelos efeitos do dano.<sup>43</sup>

Já Sílvio de Salvo Venosa conceitua o terceiro na responsabilidade civil da seguinte forma:

Temos que entender por terceiro, nessa premissa, alguém mais além da vítima e do causador do dano. Na relação negocial é mais fácil a conceituação de terceiro, pois se trata de quem não participou do negócio jurídico. A lei, por vezes, refere-se a ele, como na hipótese de coação praticada por terceiro ( Art. 101 ) e na fraude contra credores. Na responsabilidade contratual, terceiro é, em síntese, alguém que ocasiona o dano com sua conduta, isentando a responsabilidade do agente indigitado pela vítima.<sup>44</sup>

É importante ressaltar que para a comprovação do fato de terceiro é necessário que estejam presentes os mesmos requisitos da força maior ou caso fortuito, ou seja, imprevisibilidade e inevitabilidade.

---

<sup>43</sup> PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Responsabilidade Civil*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1992, p. 298

<sup>44</sup> VENOSA, Sílvio de Salvo. *Responsabilidade Civil*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2002, p 45.

### **2.4.5. Culpa Exclusiva da Vítima**

Existe a culpa exclusiva da vítima quando a conduta do suposto agente não interfere na ocorrência do dano, ou seja, a causa do acidente é culpa da vítima, quebrando assim o nexo de causalidade e eximindo o agente da responsabilidade civil. O jurista Pablo Stolze Gagliano demonstra uma hipótese da culpa exclusiva da vítima:

Imagine a hipótese do sujeito que, guiando o seu veículo segundo as regras de trânsito, depara-se com alguém que, visando suicidar-se, arremessa-se sob as suas rodas. Nesse caso, o evento fatídico, obviamente não poderá ser atribuído ao motorista (agente), mas sim, e tão somente, ao suicida, (vítima).<sup>45</sup>

Na culpa exclusiva da vítima a conduta do ofendido acaba se tornando o próprio fato gerador do evento danoso, eliminando assim o nexo de causalidade entre suposto agente e vítima.

Exemplo de culpa exclusiva da vítima é do paciente que após a cirurgia, não segue as prescrições médicas e decorrente dessa imprudência vem a ter complicações médicas. Nesse caso, o médico não possui responsabilidade alguma quanto ao paciente.

Deve-se notar que somente se houver a atuação exclusiva da vítima poderemos eximir o agente da responsabilidade civil. Pois, se houver concorrência de culpas, a indenização deverá ser mitigada, na proporção da culpabilidade de cada sujeito.

### **2.4.6. Exercício Regular de Direito e Estrito Cumprimento do Dever Legal**

Pode se entender como exercício regular do direito como o desenvolvimento da atividade humana em concordância com o ordenamento jurídico. Ou seja, se alguém atua

---

<sup>45</sup> GAGLIANO, Pablo Stolze. *Novo Curso de Direito Civil*. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p 126.



respaldado pelo Direito não poderá estar atuando contra esse mesmo direito. Deste modo, Sílvio de Salvo Venosa diz em sua obra:

No exercício de um direito, o sujeito deve manter-se nos limites do razoável, sob pena de praticar ato ilícito. O novo código é expresso em descrever o abuso de direito no artigo 187, mencionando que o comete que excede manifestamente os limites impostos para o fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes relacionados ao direito em questão.<sup>46</sup>

O exercício regular do direito está codificado no Artigo 188, I, do Código Civil conforme se vê abaixo

Art. 188. Não constituem atos ilícitos:

I - os praticados em legítima defesa ou no exercício regular de um direito reconhecido;

Para se ter uma melhor idéia do que consiste o exercício regular do direito, Pablo Stolze Gagliano cita um exemplo:

Tal ocorre quando recebemos autorização do Poder Público para o desmatamento controlado de determinada área rural para o plantio de cereais. Atua-se, no caso, no exercício regular de um direito. Da mesma forma, quando empreendemos algumas atividades desportivas, como o futebol e o boxe, podem surgir violações à integridade física de terceiros, que são admitidas, se não houver excesso.<sup>47</sup>

Já o estrito cumprimento de um dever legal pode ser entendido como a observância de uma obrigação jurídica anteriormente já constituída em lei.

Se o agente ultrapassar os limites fixados em lei no estrito cumprimento do dever legal poderá responder pelo excesso ou abuso de poder ou de autoridade.

---

<sup>46</sup> VENOSA, Sílvio de Salvo. *Responsabilidade Civil*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2002, p 42.

<sup>47</sup> GAGLIANO, Pablo Stolze. *Novo Curso de Direito Civil*. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p 117.

Em se tratando do estrito cumprimento do dever legal, Pablo Stolze Gagliano afirma que não há falar-se em responsabilidade civil no caso do agente de polícia que arromba uma residência para o cumprimento de uma ordem judicial por exemplo.<sup>48</sup>

---

<sup>48</sup> GAGLIANO, Pablo Stolze. *Novo Curso de Direito Civil*. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p 118.

### 3- RESPONSABILIDADE CIVIL MÉDICA

De acordo com Antonio Ferreira Couto Filho a responsabilidade civil tem o seu fundamento na culpa provada. Ou seja, uma vez provada de forma inequívoca que o médico atuou com imprudência, negligência ou imperícia, deverá este reparar o dano causado.<sup>49</sup>

A responsabilidade civil dos médicos está descrita no Artigo 951 do código civil, que estabelece o seguinte:

Art. 951. O disposto nos arts. 948, 949 e 950 aplica-se ainda no caso de indenização devida por aquele que, no exercício de atividade profissional, por negligência, imprudência ou imperícia, causar a morte do paciente, agravar-lhe o mal, causar-lhe lesão, ou inabilitá-lo para o trabalho.

Os artigos 948, 949 e 950 tratam respectivamente do homicídio, lesão ou ofensa à saúde e finalmente de defeito na vítima que a impeça de exercer seu ofício ou profissão, ou acabe diminuindo sua capacidade de trabalhar.

A respeito da culpa médica, instituto necessário para caracterizar a responsabilidade civil do médico, Hildegard Taggesell Giostri diz:

No que diz respeito à perquirição da existência ou não de culpa médica, temos insistido, com frequência, na importância da análise das circunstâncias que rodeiam o ato médico, pois o cumprimento mais, ou menos, desejável de sua prestação obrigacional estará, por óbvio, ligado não só à natureza da prestação mas, também a tudo um conjunto de elementos que podem vir a interferir no resultado final, quais sejam: tipo de paciente, pessoas em geral, tempo, local, material e equipamento de que dispõe à mão.<sup>50</sup>

A responsabilidade médica de forma geral é contratual. Excepcionalmente pode ser extracontratual, ocorrendo quando o médico comete algum ilícito penal ou então

---

<sup>49</sup> COUTO FILHO, Antonio Ferreira.; SOUZA, Alex Pereira. *A improcedência no suposto erro médico*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen juris, 2002, p 14.

<sup>50</sup> GIOSTRI, Hildegard Taggesell. *Erro Médico à Luz da Jurisprudência Comentada*. Curitiba: Juruá. 1999. p. 145.

quando viola as normas da profissão. Maria Helena Diniz demonstra alguns exemplos de responsabilidade extrancontratual do médico:

O médico, p. ex., responderá extracontratualmente quando: a) fornecer atestado falso; b) consentir, podendo impedir, que pessoa não habilitada exerça a medicina; c) permitir a circulação de obra por ele escrita com erros de revisão relativos à dosagem de medicamentos, o que vem a ocasionar acidentes ou mortes; d) não ordenar a imediata remoção do ferido para um hospital, sabendo que não será possível sua melhora nas condições em que o cliente está sendo tratado; e) operar sem estar habilitado para tal.<sup>51</sup>

### **3.1. Pressupostos da Responsabilidade Civil Médica**

#### **3.1.1 Negligência**

A negligência é, na verdade, a falta de atenção ou cuidado ao exercer certo ato. Consistindo na ausência de necessária diligência, implicando em inobservância ou omissão de dever, justo quando aquele agente deveria agir de forma prudente ou diligente, exercendo o devido cuidado na situação de risco. O autor Antonio Ferreira Couto Filho explica o que seria a negligência:

A negligência é o oposto da diligência. É, em verdade, a omissão da conduta esperada e recomendável. O médico que não realiza o necessário e preventivo cuidado para proceder a uma cirurgia, vindo, por conseguinte, em razão desta omissão do dever de cautela, a causar um mal ao paciente, age negligentemente.<sup>52</sup>

Pode ser considerado como negligente o médico que não dá assistência adequada, acaba por descuidar-se do paciente, não prescrevendo corretamente os medicamentos, ou até quando não indica transfusão de sangue quando esta seja necessária.

---

<sup>51</sup> DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro – Responsabilidade Civil*. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p 256.

<sup>52</sup> COUTO FILHO, Antonio Ferreira.; SOUZA, Alex Pereira. *A improcedência no suposto erro médico*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen juris, 2002, p. 17.

Em relação aos erros relativos à negligência afirma Irany Novah Moraes que o esquecimento das gases ou de até de uma compressa poderiam enquadrar-se nesta falha. Também afirma que uma das grandes inquietações dos cirurgiões é controlar as gases utilizadas durante o ato cirúrgico, para que nenhuma se perca ou acabe sendo esquecida no paciente durante o ato cirúrgico.<sup>53</sup>

### 3.1.2. Imperícia

A imperícia existe quando há a falta de técnica ou de conhecimento podendo ser um erro ou engano na execução, ou até mesmo na consecução do ato. Ou seja, tem-se a omissão naquilo que o agente não deveria desprezar, pois consiste sua função, seu trabalho ou meio de vida sendo exigida a devida perícia. De acordo com Irany Novah Moraes a imperícia pode ser caracterizada como:

Imperícia é deficiência de preparo ou de habilitação, desconhecimento adequado da conduta, falta de habilidade técnica para a realização do procedimento escolhido, incompetência. Enquadram-se neste caso a ligadura de artérias ilíacas nas histerectomias ou nos abaixamentos de reto por cirurgião sem o devido preparo, a ligadura dos ureteres nas histerectomias. É imperícia de enfermagem proceder à contenção exagerada de um paciente agitado, resultando em gangrena que, conseqüentemente, leva à amputação.<sup>54</sup>

Em relação à falta de preparo para a prática de um determinado ato caracterizando a falta de observação às normas técnicas, Hildegard Taggesell Giostri cita:

Um agente realizar uma conduta fora de sua profissão, não se fala em imperícia, mas em imprudência ou negligência, pois, em virtude da grande segmentação dos ramos da medicina, na qual, grande parte dos médicos passaram a ser verdadeiros especialistas, pressupõem-se que sejam detentores de conhecimentos diferenciados quando comparados com os generalistas (clínicos-gerais). Assim, dizer que um profissional desta estirpe

---

<sup>53</sup> MORAES, Irany Novah. *Erro Médico e a Lei*. 4. ed. São Paulo: Lejus, 1998, p 357.

<sup>54</sup> MORAES, Irany Novah. *Erro Médico e a Lei*. 4. ed. São Paulo: Lejus, 1998, p 359.

não teria os conhecimentos e as habilidades para atuar na sua área, seria algo extremamente complicado de ser provado.<sup>55</sup>

### 3.1.3. Imprudência

Existe a imprudência quando o profissional atua contra as regras básicas de cautela. Ou seja, é a falta da competente análise e da observação das normas existentes para o desempenho da atividade. É o despreparo profissional, o desconhecimento técnico da profissão.

Age de forma imprudente aquela pessoa que sabe do grau de risco envolvido no ato praticado e mesmo assim acredita que é possível a realização do ato sem prejuízo a qualquer um. Acaba por fim excedendo os limites do bom senso e a equidade de seus próprios atos. Em relação às hipóteses de ocorrência da imprudência, Irany Novah Moraes define:

Ocorre a imprudência quando o profissional procede sem cautela. Trata-se de precipitação ou afoiteza. Serve como exemplo o cirurgião que opera sem o diagnóstico correto e sem o preparo adequado do paciente, como no caso do que opera o fumante sem suspender o fumo antecipadamente, ou que opera na vigência de gripe ou resfriado, radiografa mulher grávida e faz safenectomia com úlcera varicosa aberta ou com micose nos pés. Está aqui enquadrado o caso em que o cirurgião opera aflito, preocupado com o tempo.<sup>56</sup>

## 3.2. A Responsabilidade Civil do médico no Código de Defesa do Consumidor

A lei 8.078/90 (Código de Proteção e Defesa do Consumidor) criou na sociedade brasileira uma consciência jurídica tornando o consumidor mais atento aos seus direitos e revolucionando a aplicação da responsabilidade civil no ramo da prestação de serviços.

<sup>55</sup> GIOSTRI, Hildegard Taggesell. *Erro Médico à Luz da Jurisprudência Comentada*. Curitiba: Juruá. 1999. p. 163.

<sup>56</sup> MORAES, Irany Novah. *Erro Médico e a Lei*. 4. ed. São Paulo: Lejus, 1998, p 358.

O código de proteção e defesa do consumidor veio para suprir carências legislativas que acabavam por dificultar ao consumidor exercer seus direitos de forma eficaz.

A este respeito, veja-se o que diz o autor Genival Veloso França:

Se o Código de Proteção e Defesa do Consumidor (Lei 8.078/90, de 11 de setembro de 1990) for aplicado na medida justa e no equilíbrio que se espera será a maior contribuição jurídica verificada nestes últimos 50 anos em nosso país, principalmente no que esse diploma traz sobre assistência médica, com destaque na relação entre profissional e o consumidor desta área. Primeiro, pelo cuidado de não se tratar a saúde como uma atividade estritamente comercial. Depois, pela importância que o Código representa como instrumento de moderação e disciplina na relações de consumo entre o prestador de serviço e o usuário. E, ainda, por revelar-se como uma garantia e um complemento de ordem constitucional (“O Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor” – Art. 5, XXXII, da Constituição Federal), diante da vulnerabilidade da população no mercado de consumo<sup>57</sup>

Tendo em vista que a relação médico paciente pode ser enquadrada como uma relação jurídica, podemos dizer que a atividade da medicina está elencada no Código de Defesa do Consumidor.

Os membros que fazem parte desta relação no CDC são o fornecedor e o consumidor.

O consumidor é segundo o artigo 2º do CDC aquele que adquire, possui ou utiliza um bem ou serviço, podendo ser para uso pessoal, privado ou até para uso profissional.

Pode-se equiparar ao consumidor a coletividade de pessoas, ainda que indetermináveis.

Já o fornecedor, de acordo com o artigo 3º é toda pessoa física ou jurídica, podendo ser pública ou privada, nacional ou estrangeira, que desenvolve uma atividade de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços.

---

<sup>57</sup> FRANÇA, Genival Veloso. *O código do consumidor e suas implicações ético-legais no exercício médico*. Disponível em: (<http://www.ibemol.com.br/artigos/default.asp>) Acesso em 15/12/2009.

O médico pode ser enquadrado como um prestador de serviço no Código de Defesa do Consumidor, e esta prestação pode ser caracterizada inicialmente como contratual, matéria que já foi debatida anteriormente.

Esta prestação contratual pode ser dividida entre uma atividade de meio ou resultado.

O CDC trouxe grandes inovações no campo da responsabilidade civil. Uma novidade é a inversão do ônus da prova, que está elencada no Artigo 6º, VIII conforme descrito a seguir:

Art. 6º São direitos básicos do consumidor:

(...)

VIII - a facilitação da defesa de seus direitos, inclusive com a inversão do ônus da prova, a seu favor, no processo civil, quando, a critério do juiz, for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiências;

A inversão do ônus da prova no direito do consumidor é de vital importância, pois acaba favorecendo a parte mais fraca da relação. Isso trouxe benefícios ao consumidor, pois ele não terá de arcar com os prejuízos ou continuar sendo lesado unicamente porque não possui meio de corroborar suas alegações. Acerca desta inovação Genival Veloso França afirma:

A maior inovação, no nosso entender, está no art. 6º, VIII, deste CDC, quando estatui que são direitos básicos do consumidor “a facilitação de defesa de seus direitos, inclusive com a inversão do ônus da prova, a seu favor, no processo civil, quando a critério do juiz, for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiência.

Como se sabe, era princípio consagrado no direito pertencer o ônus da prova a quem alegasse, inclusive respaldado no Código de Processo Civil que reza claramente caber o ônus probatório do autor. Assim, tal regra garantia que, sendo negado pelo autor e não provador os fatos, fosse a ação julgada improcedente. Hoje, se um paciente alega um erro médico, a responsabilidade de prova para defender-se pode ser do facultativo, se for considerado difícil o usuário pré constituir prova sobre seus direitos, até



porque ele, no momento da relação, está em sua boa fé, além dos imaginários obstáculos para obter material probatório.

A possibilidade da inversão do ônus da prova, diante de fatos verossímeis ou quando o consumidor for hipossuficiente, facilita a defesa dos seus direitos, cabendo ao prestador-réu provar que a alegação não é verdadeira. O sentido dessa inversão é equilibrar as partes na demanda judicial, sempre que o consumidor for economicamente insuficiente ou quando a alegação for verdadeira ou cuja presunção permitir ao juiz formar uma convicção.<sup>58</sup>

Já o artigo 14 do Código de Defesa do Consumidor trata da responsabilidade dos profissionais liberais, incluindo o médico:

Artigo 14 – O fornecedor de serviços responde, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados ao consumidor por defeitos relativos à prestação de serviços, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e riscos.

Podemos dizer que a grande inovação deste artigo foi a alteração do sistema tido como tradicional da responsabilidade civil, em razão da culpa por um sistema novo de responsabilidade objetiva que vem da necessidade de determinar casos de dano que antes não eram resolvidos pelo sistema tradicional de culpa.

É importante frisar que o § 4º do Artigo 14 é considerado como uma exceção a regra da responsabilidade objetiva, pois ele explicita que a responsabilidade dos profissionais liberais será apurada por meio da comprovação de culpa.

De acordo com Grácia Cristina Moreira do Rosário, o tratamento distinto que os profissionais liberais recebem, podendo incluir os médicos, advém na natureza *intuitu personae* dos serviços prestados, face ao princípio da confiança inspiradora do cliente.<sup>59</sup>

---

<sup>58</sup> FRANÇA, Genival Veloso. *O código do consumidor e suas implicações ético-legais no exercício médico*. Disponível em: (<http://www.ibemol.com.br/artigos/default.asp>) Acesso em 15/12/2009.

<sup>59</sup> MOREIRA DO ROSÁRIO, Grácia Cristina. *Responsabilidade Civil na Cirurgia Plástica*. 1. ed. Rio de Janeiro: Lumen juris, 2004, p 98.

Neste sentido, Kriger Filho trata do tema:

Em nosso modo de ver, a adoção da responsabilidade subjetiva para os profissionais liberais se dá porque estes só podem se propor a utilizar todos os meios ao seu alcance e conhecimento para realizar o serviço contratado, o que enseja a sua responsabilidade caso estes meios não sejam utilizados adequadamente, pois tal situação caracteriza a culpa profissional.<sup>60</sup>

Cabe ressaltar que com o advento do Código de Defesa do Consumidor os médicos devem ter especial atenção com relação ao que está escrito nos contratos pactuados com o cliente, podendo discriminar no documento a possibilidade da ocorrência de efeitos colaterais resultantes do tratamento.

A inclusão destas cláusulas é de suma importância para o juiz buscar a existência ou não da culpa no caso de uma ação judicial contra o médico.

Em relação ao Código de Defesa do Consumidor Grácia Cristina Moreira do Rosário ressalta:

Por último, é importante afirmar que o Código de Proteção e Defesa do Consumidor, em relação às normas que regulam as relações com os profissionais liberais, possui a finalidade precípua de oferecer tranquilidade para os profissionais trabalharem com segurança e os seus pacientes obterem a proteção de seus direitos, livrando-se, assim, dos incompetentes e oportunistas.<sup>61</sup>

### 3.3. Erro Médico

O erro médico pode ser caracterizado como a falha do médico no exercício da profissão. É o desvio maior ou menor do objetivo a ser atingido, ou seja, é o mau resultado

---

<sup>60</sup> KRIGER FILHO, Domingos Afonso. *A responsabilidade civil e penal no código de defesa e proteção do consumidor*. Porto Alegre: Síntese, 1998, p. 72.

<sup>61</sup> MOREIRA DO ROSÁRIO, Grácia Cristina. *Responsabilidade Civil na Cirurgia Plástica*. 1. ed. Rio de Janeiro: Lumen juris, 2004, p 103.

decorrente da ação ou omissão do médico, por não ter observado a conduta técnica em pleno uso de suas faculdades mentais.

De acordo com o Manual de Orientação Ética Disciplinar são excluídas as limitações impostas por doenças, como lesões produzidas por médico com o objetivo de tratar um mal maior.<sup>62</sup>

### 3.3.1. Modalidades de Erro Médico

O erro médico é dividido em diversas modalidades, são elas:

a) Falha Técnica: Para caracterizar esta modalidade de erro é necessário entender o corpo humano como um aparelho. O médico depende da resposta desse aparelho em que está trabalhando, podendo ocorrer falhas técnicas neste aparelho.

b) Erro de Diagnóstico: Por tratar-se de algo tão frágil, o diagnóstico deve ser genérico, pois de acordo com Irany Novah Moraes são desconhecidas as causas de pelo menos um terço das doenças catalogadas;<sup>63</sup>

O erro de Diagnóstico pode ser dividido em evitável ou inevitável. Erro evitável é aquele que envolve a responsabilidade civil do médico. É o tipo de erro que poderia ser evitado se as precauções necessárias tivessem sido tomadas. Já o erro inevitável é aquele quando decorre das próprias limitações da medicina.

De acordo com Fernanda Schaefer na Itália e França diversos Tribunais têm entendido que o erro de diagnóstico é algo brando, pois normalmente é constatado com brevidade e por isso não acaba sendo configurado como a culpa capaz de gerar uma obrigação

---

<sup>62</sup> Site: <http://www.erromedico.org/oquee.htm>, acessado em 15/10/2009.

<sup>63</sup> MORAES, Irany Novah. *Erro Médico e a Lei*. 4. ed. São Paulo: Lejus, 1998, p 321.

de ressarcimento. A autora acredita que este tipo de posicionamento não pode ser aceito, pois um erro de diagnóstico evitável pode retirar em alguns casos a possibilidade de cura.

c) Erro Doloso: Ocorre por meio de uma conduta voluntária do médico;

d) Erro Deliberado para prevenir mal maior: O médico sabe que ao efetuar o procedimento pode estar causado um mal ao paciente, mas continua mesmo assim com o objetivo de prevenir o mal maior, ou seja, a morte. Como exemplo temos o caso de um paciente que necessita urgentemente de uma transfusão de sangue, mas o sangue que existe no banco de sangue não passou por testes contra doenças. O médico então faz a transfusão mesmo sabendo que aquele sangue não foi testado;

e) Erro Profissional ou escusável: É caracterizado como sendo aquele que decorre de falha não imputável ao médico e que depende das naturais limitações da medicina. Estão incluídos nesta categoria os casos em que o médico fez tudo corretamente, mas o paciente omitiu informações ou ainda não colaborou com o tratamento;

f) Erro de Conduta: Existe quando o médico erra a conduta por meio da imperícia;

g) Erro Técnico: Existe quando o médico erra em razão de falhas estruturais, ou seja, por falta de equipamentos necessários ou então em razão de condições de trabalho insuficientes ou ineficazes para um atendimento satisfatório. Tem-se como exemplo as condições de higiene que podem propiciar uma infecção hospitalar;

h) Erro Culposos: É aquele que ocorre por meio da imprudência, imperícia ou negligência do médico.

### **3.4. Tipos de Obrigações Médicas**

As obrigações médicas podem ser divididas de duas maneiras: de resultado e de meio. Miguel Kfoury Neto traz um conceito para esse tipo de obrigação médica:

A obrigação contraída pelo médico é espécie do gênero obrigação de fazer, em regra infungível, que pressupõe atividade do devedor, energia de trabalho, material ou intelectual, em favor do paciente (credor). Implica diagnóstico, prognóstico e tratamento: examinar, prescrever, intervir, aconselhar. A prestação devida pelo médico é sua própria atividade, consciente, cuidadosa, valendo-se dos conhecimentos científicos consagrados em busca da cura.<sup>64</sup>

A divisão das obrigações em de resultado e meio é atribuída ao autor Domogue que as conceituou em seu livro *Tratado das Obrigações* no ano de 1926.

No Direito Romano já se encontravam referências a esses conceitos. E em relação à jurisprudência, essa distinção foi admitida pela primeira vez na França numa decisão da Corte de Cassação no dia 20 de Maio de 1936.

### 3.4.1. Obrigação de Meio

Em regra geral, nas ciências médicas, é adotada a responsabilidade decorrente de uma obrigação de meio.

A obrigação de meio é aquela em que o profissional não está obrigado a um objeto determinado. O agente tem apenas a obrigação da realização de certa atividade com o objetivo de chegar a um fim, mas sem a obrigação de atingí-lo.

Cabe ao profissional neste tipo de contrato utilizar todos os esforços possíveis e o uso de todo seu conhecimento técnico para atingir o objetivo. Não o alcançando por motivo alheio a sua vontade, não deve este agente ser responsabilizado. Roberto Senise Lisboa faz uma importante ressalva acerca da obrigação de meio:

Não se sujeita o devedor na obrigação de meio, destarte, em efetivamente obter o interesse visado pelo credor. Tão somente se pode exigir do devedor a adoção da diligência necessária à consecução da sua prestação, não se

---

<sup>64</sup> KFOURI NETO, Miguel. *Culpa Médica e ônus da Prova: Presunções, perda de uma chance, cargas probatórias dinâmicas, inversão do ônus probatório e consentimento informado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p 226.

vinculando em obter o êxito de satisfazer as necessidades visadas pelo credor.<sup>65</sup>

De acordo com Miguel Kfoury Neto, em geral, nos acórdãos dos tribunais em relação à prova da culpa médica parte-se de uma idéia de que a obrigação assumida pelo médico é de meio, não de resultado. Como consequência pode-se afirmar o seguinte:

a) Na obrigação de meio o médico não se compromete a curar uma doença, não se responsabilizando pelo insucesso da terapia, mas tão somente a utilizar todos os meios possíveis para que isto ocorra.

b) Na transgressão a uma obrigação de meio, existe a culpa a ser provada pelo autor (paciente ou família).<sup>66</sup>

Existindo a transgressão, o médico deve defender-se sob a alegação de que utilizou todos os meios para que o resultado negativo não ocorresse, cumprindo assim rigorosamente todas as regras da medicina e, provando também a inexistência do nexo de causalidade entre a conduta e o dano.

Não chegando ao objetivo almejado, somente responderá o médico se não utilizou todos os esforços possíveis para atingir o fim anteriormente desejado.

### **3.4.2. Obrigação de Resultado**

Pode-se dizer que na obrigação de resultado existe o compromisso com um resultado específico, podendo ser considerado como o auge da obrigação.

---

<sup>65</sup> LISBOA, Roberto Senise. *Manual de Direito Civil*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p 176.

<sup>66</sup> KFOURI NETO, Miguel. *Culpa Médica e ônus da Prova: Presunções, perda de uma chance, cargas probatórias dinâmicas, inversão do ônus probatório e consentimento informado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p 229.

Na obrigação de resultado o médico compromete-se em atingir o objetivo determinado.

Neste tipo de obrigação existe a presunção da culpa, com a inversão do ônus da prova, ou seja, cabe ao médico provar que não praticou um erro médico.

Este tipo de obrigação pode ser configurada quando existe o compromisso do contratado com um resultado específico e ao não ser alcançado ou alcançado de forma parcial tem-se a inexecução da obrigação.

Temos o exemplo dos cirurgiões plásticos estéticos que tem a obrigação de resultado quando contratados pelo paciente, devendo assim chegar ao resultado esperado pelo consumidor.

Desta mesma forma, entende Hildegard Taggesell Giostri conforme trecho de sua obra:

De um modo geral as obrigações de resultado têm como meta a obtenção de um resultado predeterminado e pactuado adremente, o que - se não efetivado - põe o devedor em responsabilidade, salvo que se prove a interferência de caso fortuito ou força maior. Casos há, contudo, em que a obrigação do devedor pode mostrar-se mais restrita, a ponto de que a própria interferência de caso fortuito não exonará o devedor de sua obrigação.<sup>67</sup>

---

<sup>67</sup> GIOSTRI, Hildegard Taggesell. *Erro Médico à Luz da Jurisprudência Comentada*. Curitiba: Juruá. 1999. p. 145.

#### 4- RESPONSABILIDADE CIVIL DO CIRURGIÃO PLÁSTICO

A Cirurgia Plástica, especialidade cujo nome tem origem na palavra grega *plastikos* que significa forma tem sua origem na Índia antiga onde os médicos utilizavam transplantes de pele como trabalho reconstrutivo do século VIII A.C e realizavam reconstruções de narizes, utilizando uma parte da frente, durante períodos nos quais a amputação do nariz era um castigo para certos delitos.<sup>68</sup>

Existem relatos de que os Romanos do século I A.C eram capazes de realizar simples técnicas como a reparação de orelhas danificadas.

No século IV o médico bizantino Oribasius escreveu sobre os diferentes procedimentos da cirurgia plástica em uma enciclopédia médica chamada *Synagoge Medica*. Nesta enciclopédia o médico evidenciou seu entendimento acerca de técnicas importantes como a utilização de retalhos para evitar a distorção das características faciais. Seu trabalho foi de importância para as técnicas médicas e cosméticas atuais.<sup>69</sup>

Já na Europa no século XV o médico Heinrich von Pfolzspeundt relatou um processo para fazer um novo nariz a aquelas pessoas que não o possuíam. Seu método consistia em retirar a pele da parte traseira do braço e implantá-la no local do nariz.

Esta modalidade de cirurgia foi ganhando popularidade nesta época devido ao fato de diversas pessoas utilizarem o procedimento anteriormente descrito para melhorar a aparência dos narizes que tinham sido impactados por uma enfermidade ou durante o combate.

---

<sup>68</sup> GIOSTRI, Hildegard Taggesell. *Erro Médico à Luz da Jurisprudência Comentada*. Curitiba: Juruá. 1999. p. 172.

<sup>69</sup> MAGRINI, Rosana Jane. *Médico: Cirurgia plástica reparadora e estética: Obrigação de meio ou resultado para o cirurgião*. Porto Alegre: Revista Jurídica. 2001. p. 73.



A anestesia cirúrgica foi aparecer no final do ano 1800 e permitiu a cirurgia plástica ganhar mais adeptos tendo em vista o fato de que os procedimentos se tornaram menos complicados e dolorosos. Porém, devidos aos riscos da cirurgia, em especialmente aquelas que envolviam a cabeça ou o rosto somente no final do século XIX que estes procedimentos se tornaram mais comuns.

O primeiro cirurgião plástico dos Estados Unidos da América foi o Doutor John Peter Mettauer que em 1827 realizou a primeira cirurgia de paladar utilizando instrumentos que mesmo tinha desenhado.

A cirurgia plástica como especialidade médica nasceu somente na primeira guerra mundial devido aos inúmeros mutilados em combate, requerendo um tratamento cirúrgico especializado.

Durante a década de 60, a cirurgia plástica cresceu na consciência do público americano à medida que mais médicos realizavam procedimentos de cirurgia plástica. Para a década de 70, os cirurgiões plásticos se converteram em uma das principais profissões médicas.

Nos anos 80 a cirurgia plástica se expandia rapidamente ao redor de todo mundo e continua fazendo até o dia de hoje.

#### **4.1. Modalidades de Cirurgia Plástica**

A cirurgia plástica como parte especializada da medicina tem a finalidade de reparar ou melhorar a aparência ou um defeito do corpo humano e pode ser dividida em duas espécies: a cirurgia plástica estética e a cirurgia plástica reparadora.

A cirurgia plástica reparadora tem como objetivo corrigir defeitos advindos de acidente ou doenças, podendo ser congênitos ou adquiridos. Ela tem o papel de devolver ao organismo uma função normal.

Alguns exemplos de cirurgias plásticas reparadoras: reconstrução de tecidos em partes do corpo laceradas, reparação de tumores de pele, tratamento de queimaduras por meio de enxertos de pele, remoção de cicatrizes e sinais, reconstrução de membros inferiores e superiores e a reconstrução de parede abdominal.

Já a cirurgia plástica estética é aquela que tem por objetivo eliminar as imperfeições físicas que, sem alterar a saúde da pessoa a incomodam de algum modo.

De acordo com Miguel Kfoury Neto a cirurgia plástica estética nunca é urgente, e sua necessidade nem sempre é manifesta, mas mesmo assim possuem características iguais aos demais procedimentos cirúrgicos: as reações do organismo humano são imprevisíveis e consequências indesejadas podem ocorrer.<sup>70</sup>

O autor, ainda afirma que, ao abordar o tema da cirurgia plástica estética, a expressão saúde deve ser entendida não somente como bem-estar físico, mas também psíquico e social. Com base nesse entendimento, indubitável é o caráter curativo da cirurgia estética, visto que a enfermidade não é apenas o processo patológico de degeneração orgânica ou física. Na verdade, existe uma variada gama de moléstias mentais e de perturbações psíquicas. Ou seja, a cirurgia estética pode atenuar ou eliminar totalmente um mal-estar, não físico, mas psíquico ou social.<sup>71</sup>

Podemos citar como exemplos dessa modalidade as cirurgias que tenham por objetivo o aumento ou a diminuição dos seios, a eliminação de sinais de nascença e rugas, as cirurgias para alterar o formato do nariz, entre outros.

---

<sup>70</sup> KFOURI NETO, Miguel. *Responsabilidade civil do médico*. 5. ed. São Paulo: RT, 2003. p. 162.

<sup>71</sup> KFOURI NETO, Miguel. *Responsabilidade civil do médico*. 5. ed. São Paulo: RT, 2003. p. 162.

Em relação a esta modalidade de cirurgia plástica existe o entendimento por parte de alguns autores de que a mesma é uma atividade médica de menor relevância. Sobre o tema, afirma José de Aguiar Dias:

Esta aplicação da ciência não tem sido encarada com muita benevolência pelos tribunais, naturalmente impressionados pela feição menos nobre da cirurgia estética posta a serviço da vaidade fútil ou dos até inexecutáveis processos de rejuvenescimento, mas esquecidos das assombrosas possibilidades que ela pode abrir à humanidade, dentro das altas finalidades da arte médica.<sup>72</sup>

Entendimento semelhante tem o autor Genival de Veloso França:

Cabe, portanto, repetir mais uma vez a diferença entre a cirurgia reparadora, lícita e necessária, de valor indiscutível e incluído entre os direitos profissionais do médico, e a cirurgia cosmetológica, fora do âmbito da verdadeira Medicina, e que tem por base interesses escusos de quem a procura, e objetivos nem sempre confessáveis de quem a realiza.<sup>73</sup>

A responsabilidade civil que decorre da cirurgia plástica é quase sempre analisada pelos julgadores de uma maneira pouco favorável ao médico.

De acordo com Miguel Kfoury Neto este pensamento era tão forte antigamente que a jurisprudência francesa considerava como culpável qualquer evento danoso advindo desta especialidade cirúrgica, não sendo necessária a verificação de imperícia, imprudência ou negligência por parte do médico. O objetivo dos julgadores era salvaguardar a vida e a saúde dos pacientes. Na verdade, simplesmente por realizar uma intervenção considerada desnecessária na época o médico incorria no dever de reparação, quase uma responsabilidade objetiva.<sup>74</sup>

---

<sup>72</sup> DIAS, José de Aguiar. *Da Responsabilidade Civil*. v. I e II. 6ª ed. Rio de Janeiro: Forense. 1979. p. 72.

<sup>73</sup> FRANÇA, Genival Veloso. *Direito Médico*. Fundo Editorial Byk Prociense. 1989. p. 23.

<sup>74</sup> KFOURI NETO, Miguel. *Culpa Médica e ônus da Prova: Presunções, perda de uma chance, cargas probatórias dinâmicas, inversão do ônus probatório e consentimento informado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p 242.

Atualmente não há dúvida alguma de que a cirurgia plástica estética é uma modalidade da cirurgia plástica e de grande importância, não podendo ser considerada como uma cirurgia de luxo com apenas o propósito do embelezamento do corpo. É difícil encontrar um caso onde um paciente busque a cirurgia plástica sem real necessidade, ao menos de ordem psíquica.

#### **4.2. A Cirurgia plástica e as obrigações de meio e resultado**

É pacífico na doutrina e jurisprudência brasileira o entendimento de que o cirurgião plástico ao efetuar um procedimento com fins reparadores assume uma obrigação de meio devendo assim emprestar atenção, cuidado, diligência, lisura, dedicação e toda a técnica disponível sem garantir o êxito na cirurgia.

Já em relação à cirurgia estética, de acordo com a doutrina brasileira a corrente majoritária defende que ela enquadra-se como uma obrigação de resultado, ou seja, o médico se obriga a alcançar um determinado fim sem o qual não terá cumprido sua obrigação.

Confirmando este posicionamento entende Rui Stoco o seguinte:

O profissional da área de cirurgia plástica, nos dias atuais, promete um determinado resultado, prevendo, inclusive, com alguns detalhes, esse novo resultado estético procurado. Alguns se utilizam até de programas de computador que projetam a nova imagem (boca, nariz, seios, etc.), através de montagem, escolhida na tela do computador ou na impressora para que o cliente decida.<sup>75</sup>

Os tribunais também entendem que mesmo não provada a culpa do cirurgião plástico, basta tão somente o resultado insatisfatório para que seja caracterizada a obrigação de indenizar.

---

<sup>75</sup> STOCO, Rui. *Responsabilidade civil e sua interpretação jurisprudencial: doutrina e jurisprudência*. 2 ed., São Paulo: RT, 1995. p. 298.

A seguir, o posicionamento que prevalece no Superior Tribunal de Justiça:

RESPONSABILIDADE CIVIL. CIRURGIA ESTÉTICA. Não ofende a lei o acórdão que atribui ao médico a responsabilidade pelos danos causados à paciente, por ter assumido o risco de realizar operação de resultado absolutamente confiável. Recurso não conhecido.<sup>76</sup>

CIVIL. CIRURGIA ESTÉTICA. OBRIGAÇÃO DE RESULTADO. INDENIZAÇÃO. DANO MATERIAL E DANO MORAL. Contratada a realização de cirurgia estética embelezadora, o cirurgião assume obrigação de resultado, sendo obrigado a indenizar pelo não cumprimento da mesma obrigação, tanto pelo dano material quanto pelo moral, decorrente de deformidade estética, salvo prova de força maior ou caso fortuito.<sup>77</sup>

Com base na grande maioria da doutrina e julgados acerca do tema em questão podemos dizer que o médico que se comprometeu a prestar o serviço ao paciente e não o faz, está se tornando responsável pelo dano. Ainda que não se prove a culpa do profissional, a simples frustração do objetivo esperado pode levar ao dever de indenizar. Sendo assim o ônus probatório cabe ao médico, que somente será eximido da culpa se provar o caso fortuito ou a culpa exclusiva da vítima.

Já o Código de Defesa do Consumidor tem um dispositivo que se choca com o entendimento anterior. No seu artigo 14, § 4º, esta lei estipula que a responsabilidade pessoal dos profissionais liberais será apurada mediante a comprovação da culpa. Na verdade, neste caso o médico não deve provar sua inocência por meio de fato de terceiro ou culpa exclusiva da vítima, devendo sim a parte que se sentiu lesada comprovar a responsabilidade do cirurgião.

Também existe uma corrente liderada pelo falecido Ministro Carlos Alberto Menezes Direito e o também Ministro Rui Rosado de Aguiar Júnior que entendem que a cirurgia puramente estética faz parte de uma obrigação de meio. Estes ministros crêem que a

<sup>76</sup> SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. 4ª Turma. RESP. nº 10536. Relator: Rui Rosado Aguiar. Data de julgamento: 28/08/2001. DJ de 29.10.2001, p. 212.

<sup>77</sup> SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. 3ª Turma. RESP. nº 10536. Relator: Dias Trindade. Data de julgamento: 21/06/1991. DJ de 19.08.1991, p. 10993.

cirurgia estética é na verdade um ramo da cirurgia geral e que está sujeito a erros e imprevistos na mesa de operação ou no pós-operatório.

Esta corrente está embasada no voto vencido do Ministro Menezes Direito no Resp 81.101-PR que foi julgado em 06/06/1999.

Primeiramente no seu voto, o Ministro Menezes Direito transcreve um trecho do artigo doutrinário do Ministro Ruy Rosado de Aguiar Júnior ora citado:

O acerto está, no entanto, com os que atribuem ao cirurgião estético uma obrigação de meios, embora se diga que os cirurgiões plásticos prometam corrigir, sem o que ninguém se submeteria, sendo são, a uma intervenção cirúrgica, pelo que assumiriam eles a obrigação de alcançar o resultado prometido, a verdade é que a álea está presente em toda intervenção cirurgia, e imprevisíveis as reações de cada organismo à agressão de ato cirúrgico. Pode acontecer que algum cirurgião plástico, ou muitos deles assegurem a obtenção de um certo resultado, mas isso não define a natureza da obrigação, não altera a sua categoria jurídica, que continua sendo sempre a obrigação de prestar um serviço que traz consigo o risco. É bem verdade que se pode examinar com maior rigor o elemento culpa, pois mais facilmente se constata a imprudência na conduta do cirurgião que se aventura à prática da cirurgia estética, que tinha chances reais, tanto que ocorrente de fracasso. A falta de uma informação precisa sobre o risco e a não-obtenção de consentimento plenamente esclarecido conduzirão eventualmente à responsabilidade do cirurgião, mas por descumprimento culposos da obrigação de meios.

Na cirurgia estética, o dano pode consistir em não alcançar o resultado embelezador pretendido, com frustração da expectativa, ou em agravar os defeitos piorando as condições do paciente. As duas situações devem ser resolvidas à luz dos princípios que regem a obrigação de meios, mas no segundo fica mais visível a imprudência ou a imperícia do médico que prova a deformidade. O insucesso da operação, nesse último caso, caracteriza indício sério da culpa do profissional, a quem incumbe a contraprova de atuação correta.<sup>78</sup>

Posteriormente o Ministro Menezes Direito dá o seu posicionamento acerca do tema:

Pela própria natureza do ato cirúrgico, cientificamente igual, pouco importando a subespecialidade, a relação entre o cirurgião e o paciente está

---

<sup>78</sup> SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. 3ª Turma. RESP nº 81.101. Relator: Waldemar Zveiter. Data de Julgamento: 06/04/1999. DJ de 31/05/1999, p. 123.

subordinada a uma expectativa do melhor resultado possível, tal como em qualquer atuação terapêutica, muito embora haja possibilidade de bons ou não muito bons resultados, mesmo na ausência de imperícia, imprudência ou negligência, dependente de fatores alheios, assim, por exemplo, o próprio comportamento do paciente, a reação metabólica, ainda que cercado o ato cirúrgico de todas as cautelas possíveis, a saúde prévia do paciente, a sua vida pregressa, a sua atitude somatopsíquica em relação ao ato cirúrgico. Toda intervenção cirúrgica, qualquer que ela seja, pode apresentar resultados não esperados, mesmo na ausência de erro médico. E, ainda, há em certas técnicas conseqüências que podem ocorrer, independentemente da qualificação do profissional e da diligência, perícia e prudência com que realize o ato cirúrgico.

Anote-se, nesse passo, que a literatura médica, no âmbito da cirurgia plástica, indica, com clareza, que não é possível alcançar 100% de êxito.

(...)

Finalmente, nesse patamar, é bom não esquecer que não se pode presumir, como parece vem sendo admitido pela jurisprudência, que o cirurgião plástico tenha prometido maravilhas ou que não tenha prestado as informações devidas ao paciente, configurando o contrato de resultado certo e determinado. A só afirmação do paciente em uma inicial de ação indenizatória não é suficiente para acarretar a presunção de culpa do médico, invertendo-se o ônus da prova, como no presente caso. O paciente deve provar que tal ocorreu, que não recebeu informações competentes e amplas sobre a cirurgia.

Não bastasse tal fundamentação para afastar a cirurgia estética do campo das obrigações de resultado, o Código de Defesa do Consumidor estipulou, expressamente, no art. 14, § 4º, verbis:

§ 4º A responsabilidade pessoal dos profissionais liberais será apurada mediante a verificação da culpa.

Ora, tal regra não separa o ato cirúrgico em obrigação de meio ou de resultado, não destaca a cirurgia estética, nem, tampouco, explicita que se destina a incidir sobre a responsabilidade aquiliana, não sobre a responsabilidade contratual. Com todo respeito, a interpretação que situa a questão neste ângulo não tem lastro na lei, repetindo, apenas, a jurisprudência anterior ao Código que enxergava a dicotomia. E não poderia fazê-lo, sob pena de grave disparidade na própria lei que impõe ser a responsabilidade pessoal do profissional liberal apurada mediante a verificação da culpa.<sup>79</sup>

Na continuidade do voto o Ministro presta as seguintes considerações:

A jurisprudência, todavia, insiste em dispensar à cirurgia estética tratamento draconiano: ou se atinge o resultado ‘embelezamento’ ou responde o

<sup>79</sup> SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. 3ª Turma. RESP nº 81.101. Relator: Waldemar Zveiter. Data de Julgamento: 06/04/1999. DJ de 31/05/1999, p. 125.

médico pela frustração – mesmo que o cliente não melhore nem piore sua aparência inicial.

De qualquer modo, as soluções alvitradas são casuísticas e nada satisfatórias. Em regra, se o paciente sai da cirurgia em condições piores que as ostentadas anteriormente, o cirurgião é penalizado pelo insucesso.

Decisiva, sempre, há de ser a constatação de ter havido imperícia, imprudência ou negligência do profissional. Ao se admitir, pura e simplesmente, que o dever assumido pelo cirurgião plástico configura obrigação de resultado, não ocorre apenas presunção de culpa: nem mesmo se aceita prova que o médico eventualmente produza em seu favor. O resultado danoso firma a inarredável obrigação de indenizar.

Torna-se desinfluyente a realização correta da cirurgia. Não tendo sido alcançado o resultado – melhoramento estético – firma-se a procedência da demanda indenizatória.<sup>80</sup>

Os defensores desta corrente minoritária acreditam que o médico não pode ser responsabilizado por não ter alcançado o êxito na cirurgia tendo em vista que o corpo humano de cada paciente tem características diferentes, levando a resultados diferenciados em cada cirurgia. Ou seja, um paciente que não possui uma boa capacidade de cicatrização da pele pode ter um resultado insatisfatório com a cirurgia.

No voto o ministro Menezes Direito afirma ainda que o dever de informação deva sempre ocorrer e o consentimento do paciente deve ser claro e expresso.

---

<sup>80</sup> SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. 3ª Turma. RESP nº 81.101. Relator: Waldemar Zveiter. Data de Julgamento: 06/04/1999. DJ de 31/05/1999, p. 125.



## **5- O DEVER DE INFORMAR DO MÉDICO E O CONSENTIMENTO DO PACIENTE**

O médico, por meio do contrato que efetuou com o paciente tem a obrigação de informá-lo acerca dos riscos do tratamento a que será submetido, juntamente com a informação sobre o seu estado de saúde atual. Ou seja, ao prescrever qualquer tratamento medicamentoso, o médico deverá informar ao paciente, ou a seus familiares, os eventuais efeitos colaterais dele resultante.

Tem o dever o médico, indiscutivelmente, por conhecimento que a droga que receitou ao paciente era suscetível de fatores adversos, de advertir ao paciente ou seus familiares no sentido de que podem ocorrer reações, no sentido de ficarem atentos a qualquer manifestação nesse sentido, especialmente para procurar o auxílio médico para avaliação do caso.

O cirurgião não deve apenas revelar ao paciente as informações. Na verdade, ele deve assegurar-se que o paciente entendeu as explicações que lhe foram dadas. Não existe a necessidade de que essas informações sejam detalhadas, em razão de grande parte da população não entender conceitos médicos. Basta apenas que o médico seja verdadeiro e explique em linguagem acessível ao paciente.

Está sendo negligente aquele médico que deixa de informar o paciente ou seus familiares sobre todos os riscos do procedimento cirúrgico ou medicamento utilizado.

Na cirurgia plástica o médico também deve informar ao paciente sobre os riscos do procedimento cirúrgico bem como as possibilidades de sucesso ou fracasso.

Complementando a informação já tratada, Miguel Kfoury Neto diz o seguinte acerca do dever de informar:

Se nos demais domínios da medicina o médico deve fornecer uma informação clara, exata, mas limitada à evolução ou aos riscos normalmente previsíveis em função da experiência habitual, na cirurgia plástica deve explicar ao paciente sobre todos os riscos conhecidos - posto que, na maioria das vezes, em cirurgia plástica, aquilo que seria simplesmente inconveniente se transforma em desgraça. Por isso não é ocioso repetir, o cirurgião plástico tem o dever de advertir seu paciente sobre todos os riscos previsíveis, mesmo aqueles que apenas excepcionalmente se concretizam.<sup>81</sup>

Existindo a situação de que o paciente por motivo maior não possa dar consentimento acerca do procedimento cirúrgico seus familiares tem a responsabilidade legal em seu lugar.

O autor José de Aguiar Dias enuncia os casos onde não é possível obter o consentimento do paciente:

- a) quando se trata de alienado ou de menor: o consentimento não pode, evidentemente, ser obtido deles, mas sim das pessoas sob cuja guarda estejam;
- (...)
- b) quando a operação ou tratamento se imponha como decisão de emergência, em face do estado de necessidade ou de situação de perigo; se é possível obter o consentimento dos parentes da pessoa em iminente perigo de vida, é claro que o médico não agirá sem o haver obtido; c) quando em face do propósito suicida do paciente: o médico não poderia, decerto, ater-se à consideração da vontade de quem manifesta claramente não a possuir, intentando um gesto que se considera como revelador de perturbação mental.<sup>82</sup>

O dever de informar está explicitado no Código de Ética Médica em seu Artigo 59 que veda ao médico “Deixar de informar ao paciente o diagnóstico ou prognóstico, os riscos e objetivos do tratamento, salvo quando a comunicação direta ao mesmo possa provocar-lhe dano, devendo, neste caso, a comunicação ser feita ao seu responsável legal”

---

<sup>81</sup> KFOURI NETO, Miguel. *Culpa Médica e ônus da Prova: Presunções, perda de uma chance, cargas probatórias dinâmicas, inversão do ônus probatório e consentimento informado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p 252.

<sup>82</sup> DIAS, José de Aguiar. *Da Responsabilidade Civil*. v. I e II. 6ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 1979, p. 259

Já o código de proteção e defesa do consumidor em seu Artigo 6º, Inciso III afirma que “São direitos básicos do consumidor: a informação adequada e clara sobre os diferentes produtos e serviços, com especificação correta de quantidade, características, composição, qualidade e preço, bem como sobre os riscos que apresentam”. Ou seja, a norma aplica-se à conduta praticada pelo médico, tendo como dever informar o paciente.

Ainda no código de proteção e defesa do consumidor, o *caput* do Artigo 14 atribui ao fornecedor de bens ou serviços o dever de informação, responsabilizando-o por qualquer informação equivocada ou que omita do consumidor qualquer informação importante acerca do serviço contratado.

Outro dispositivo legal encontrado acerca do tema é a Resolução nº 1621/2001 do Conselho Federal de Medicina que afirma em seu art. 3º o seguinte: “Na cirurgia plástica, como em qualquer especialidade médica, não se pode prometer ou garantir o sucesso do tratamento, devendo o médico informar ao paciente, de forma clara, os benefícios e riscos do procedimento”.

Podemos inferir que a informação não deve ser apenas razoável. Na verdade, deve ser suficiente para que o paciente tenha um entendimento perfeito sobre os riscos de cada procedimento e possa decidir se aceita ou não submeter-se à cirurgia.

## CONCLUSÃO

O presente trabalho teve como objetivo principal a análise de um tema muito importante atualmente que é a responsabilidade civil do cirurgião plástico em decorrência de um erro médico. Em razão disso, procurou-se observar a origem deste instituto desde o direito romano chegando até os dias atuais.

Primeiramente foi possível inferir que a responsabilidade tem sua origem na Roma antiga. Esta origem está calcada na concepção da vingança privada.

Com base nos inúmeros conceitos apresentados durante o trabalho podemos definir a responsabilidade civil como sendo a situação de indenizar alguém pelo fato que ocorreu em razão de um dano patrimonial ou moral decorrente de uma ação culposa, podendo esta ser de natureza contratual ou legal.

Podemos dizer que esta responsabilidade deriva de uma agressão a um interesse jurídico advindo do descumprimento de uma norma jurídica já existente.

Importante ressaltar a diferença entre a responsabilidade civil subjetiva e objetiva, sendo a primeira aquela que decorre do dano causado por ato doloso ou culposos devendo o agente responder pelo fato, podendo ser este fato causado voluntariamente ou então pelo inadimplemento do autor em relação ao dever geral de cuidado. Neste caso a conduta seria configurada como culposa, podendo ser por imperícia, imprudência ou negligência.

Já a responsabilidade civil objetiva poderia ser configurada como aquela em que o fundamento passa a ser o risco da atividade e não mais a culpa.

Em relação ao tema central da pesquisa podemos dizer que de acordo com a maioria da doutrina e jurisprudência a cirurgia plástica reparadora é considerada como uma

obrigação de meio no qual o profissional se compromete a empregar toda a sua capacidade técnica, intelectual, zelo e atenção para a obtenção do melhor resultado possível, não ficando adstrito à cura do paciente. Já a cirurgia plástica meramente estética é entendida como uma obrigação de resultado.

Com base nos estudos da monografia podemos constatar que uma pequena parcela da doutrina tem entendimento diferente e acredita que a cirurgia estética tem natureza obrigacional de meio.

A primeira justificativa de que o cirurgião plástico estético tem uma obrigação de meio é de que existe um dispositivo legal que afirma isso. O artigo 14, § 4º do Código de Defesa do Consumidor acaba estipulando que a responsabilidade pessoal do cirurgião plástico será apurada mediante a comprovação da culpa, ou seja, cabe a vítima que se sentiu lesada comprovar a responsabilidade do médico. Este dispositivo acaba se chocando com o entendimento dominante da doutrina e jurisprudência brasileira, invertendo assim o ônus da prova.

Também entendemos que este tipo de cirurgia tem caráter de obrigação de meio, pois existe nestas intervenções cirúrgicas uma série de fatores que não estão sob o controle do médico e tem grande influência para o resultado final do procedimento. A reação de cada paciente ao medicamento, a cicatrização diferenciada de cada tipo de pele, as rejeições do organismo e o não cumprimento das recomendações médica por parte do paciente são alguns fatores que influem decisivamente para o êxito ou não da cirurgia. Todas estas justificativas estão expostas no voto vencido do falecido Ministro Menezes Direito no Recurso Especial 81.101-PR.

Outra razão para a cirurgia plástica estética ser caracterizada como obrigação de meio é o fato de que ela possui uma finalidade curativa ou terapêutica no paciente, pois a estética acaba resultando em um fator de equilíbrio psíquico neste tipo de

pessoa. Ou seja, este benefício estético acaba de uma maneira ou de outra influenciando na saúde do paciente.

Desta forma, entendemos que o cirurgião plástico estético poderia responder juridicamente da mesma forma que os demais profissionais médicos não sendo correto dar tratamento diferenciado à outra categoria dos médicos. Devendo assim o cirurgião plástico responder civilmente somente no caso da não observância ao dever geral de cuidado por meio da imprudência, imperícia ou negligência.

Por fim, faz-se necessário ressaltar que nunca poderá o médico faltar com o dever de informar ao paciente sobre os riscos inerentes a qualquer procedimento cirúrgico e sempre obter seu consentimento informado.

## REFERÊNCIAS

BLOISE, Walter; **A responsabilidade civil e o dano médico, Legislação, Jurisprudência Seguros e o Dano Médico**. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 3. ed. São Paulo:Malheiros, 2002.

COUTO FILHO, Antonio Ferreira.; SOUZA, Alex Pereira. **A improcedência no suposto erro médico**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen juris, 2002.

DIAS, José de Aguiar. **Da Responsabilidade Civil**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1979.

DINIZ, Maria Helena.**Curso de Direito Civil Brasileiro – Responsabilidade Civil**. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

FRANÇA, Genival Veloso. **O código do consumidor e suas implicações ético-legais no exercício médico**. Disponível em: (<http://www.ibemol.com.br/artigos/default.asp>) Acesso em 15/12/2009.

\_\_\_\_\_. **Direito Médico**. Fundo Editorial Byk Prociense. 1989.

GAGLIANO, Pablo Stolze. **Novo Curso de Direito Civil – v. 3. Responsabilidade Civil**. São Paulo: Saraiva, 2003.

GARCEZ, Martinho Neto. **Responsabilidade civil no direito comparado**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

GIOSTRI, Hildegard Taggesell. **Erro Médico à Luz da Jurisprudência Comentada**. Curitiba: Juruá. 1999.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Responsabilidade Civil**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.  
<http://www.erromedico.org/oquee.htm>, acessado em 15/10/2009.

KFOURI NETO, Miguel. **Culpa Médica e ônus da Prova**: Presunções, perda de uma chance, cargas probatórias dinâmicas, inversão do ônus probatório e consentimento informado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

\_\_\_\_\_. **Responsabilidade Civil do Médico**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2003.

KHOURI, Paulo R. Roque Antônio. **Direito do Consumidor: contratos, responsabilidade civil e defesa do consumidor em juízo**. 2.ed. São Paulo: Atlas, 2005.

KRIGER FILHO, Domingos Afonso. **A responsabilidade civil e penal no código de defesa e proteção do consumidor**. Porto Alegre: Síntese, 1998.

LIMA, Alvino. **Culpa e Risco**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

LISBOA, Roberto Senise. **Manual de Direito Civil**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

LOPES, Miguel Maria de Serpa. **Curso de direito civil**. vol..V. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1964.

MAGRINI, Rosana Jane. Médico: **Cirurgia plástica reparadora e estética: Obrigação de meio ou resultado para o cirurgião**. Porto Alegre: Revista Jurídica. 2001.

MORAES, Irany Novah. **Erro Médico e a Lei**. 4. ed. São Paulo: Lejus, 1998.

MOREIRA DO ROSÁRIO, Grácia Cristina. **Responsabilidade Civil na Cirurgia Plástica**. 1. ed. Rio de Janeiro: Lumen juris, 2004.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Responsabilidade civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

ROMANELLO, Jerônimo Neto. **Responsabilidade Civil dos Médicos**. São Paulo: Jurídica Brasileira, 1998.

SEBASTIÃO. Jurandi. **Responsabilidade Médica Civil, Criminal e Ética**. Belo Horizonte: Del Rey, 1998.



SILVA, Luiz Cláudio. **Responsabilidade civil**. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

SOARES, Orlando. **Responsabilidade civil no direito brasileiro**. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1996.

STOCO, Rui. **Responsabilidade Civil e sua Interpretação Jurisprudencial** 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

\_\_\_\_\_. **Tratado de Responsabilidade Civil – Doutrina e Jurisprudência**. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Responsabilidade Civil**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2002.

VIEIRA, Luzia Chaves. **Responsabilidade civil médica e seguro – Doutrina e jurisprudência**. 1. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.